



Dossier doctrinario

Autores de Chubut

Segunda Parte

Dr. Fernando E. Shina

Compilado por TSB Patricia Lincheo

Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Trelew**

Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne en esta segunda parte, todos los trabajos doctrinarios realizados por el Dr. Fernando Ezequiel Shina, desde el año 2015 hasta el año 2019 inclusive.

Dirección de Bibliotecas

Superior Tribunal de Justicia del Chubut

Dirección de Bibliotecas – Superior Tribunal de Justicia

Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut

biblio@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs

Biblioteca de Tribunales de Trelew

9 de julio – 2° Piso – Trelew – Chubut

bibliotw@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4427117 – 4427452

Horario de atención de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs.

Contenido

Algunas reflexiones críticas sobre el nuevo Código Civil y Comercial	7
El fiador en los contratos de consumo bancarios	13
El error en el nuevo Código Civil y Comercial.....	22
Los menores, el derecho mercantil y las relaciones de consumo ..	29
Las relaciones de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial	42
La estipulación a favor de tercero: el art. 1027 CCyC.....	68
Otra vuelta de tuerca en la teoría general de la responsabilidad	81
Recientes modificaciones a la Ley 24.240	95
La autonomía de la voluntad en los tiempos de la tecla “enter” ...	98
Un nuevo dilema: La eficacia temporal de las leyes en el Código Civil y Comercial.....	116
¿Leyes irretroactivas o efecto retroactivo de la tutela efectiva?	121
El delicioso encanto de la incongruencia: un Código progresista lleno de artículos retrógrados.....	131
La fragmentación del Contrato en el Código Civil y Comercial ...	141
La Ley de Defensa del Consumidor v. la Ley de Seguros	147
Los contratos conexos: una nueva fracción contractual	152
El fraude y el orden público	157
La caducidad sustantiva del Código Civil y Comercial y el derecho del consumidor (Parte I)	162

La caducidad sustantiva del Código Civil y Comercial y el derecho del consumidor (Parte II)	166
El derecho laboral y el diálogo de fuentes. Las diferencias salariales y la teoría de los actos propios	170
¿Irretroactividad de las leyes o equidad en las relaciones jurídicas?	177
La teoría de los actos propios en el derecho laboral	196
Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial.....	216
El diálogo de fuentes y los créditos laborales La contradicción entre la irretroactividad legal y la Equidad Alternativas dialécticas para superar la tensión entre lo legal y lo justo	259
La regla pacta sunt servanda.....	303
La Corte Suprema y las actualizaciones de los créditos laborales. El diálogo de fuentes y los créditos laborales.....	317
La autonomía de la voluntad en la obra de Shakespeare	363
Algunos principios del derecho del consumidor que fragmentaron la teoría general del contrato.....	376
Algunos apuntes sobre el sistema de responsabilidad en el Código Civil y Comercial.....	395
Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho.....	409
Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial - Primera parte	438

Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial - Segunda parte.....	449
Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras	486
Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial	526
Los seguros y las relaciones de consumo	603
Los derechos humanos y los derechos del consumidor.....	642
Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad	679
La información de los proveedores vs. las expectativas de los consumidores.	714
Una nueva teoría general de los contratos.....	726
Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad	741
Nuevas tendencias en materia de contratos. Hacia un contrato menos libre, pero más justo.	776
Los primeros diez años de los daños punitivos. Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. No dejemos que sean los últimos	798
Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad. La creación de expectativas	822
Derecho y neurociencias. El futuro que ya empezó hace décadas. Un elogio al oxímoron jurídico	853
Apuntes críticos al Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.....	884

Las neurociencias en nuestro ordenamiento normativo. Aplicación de las neurociencias en la teoría general del acto jurídico. El pensamiento de Richard Thaler y Cass Sunstein	908
Del discernimiento y la intención al acto jurídico impulsivo. El impacto de las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman	942

Este ejemplar recopila todos los trabajos doctrinarios publicados por el Dr. Fernando Ezequiel Shina desde el año 2015 hasta el año 2019 inclusive.

Curriculum del autor disponible en Dossier Primera Parte.

Algunas reflexiones críticas sobre el nuevo Código Civil y Comercial

La acción preventiva y su fragilidad constitucional

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/>

Cita online: elDial DC1FBC

[Consultado el: 05/04/2022]

La sistemática del código civil y comercial. En estas pocas e incompletas páginas vamos a intentar hacer algunas críticas sobre el nuevo régimen de responsabilidad que trae el Cód. Civ y Com. La primera reflexión que nos ocupa y compartimos con el lector está referida a la innovadora acción preventiva regulada en los artículos 1710 a 1715 CCC.

El nuevo Código de Comercio se ocupa de la responsabilidad en el Libro III, Título V, Capítulo 1, Sección 1 a 11, artículos 1716 a 1780.

La acción preventiva. El nuevo sistema pone mayor énfasis en la tarea preventiva, adjudicándole a la teoría general de la responsabilidad un rol importante en materia de prevención del daño. Para ello crea una acción especial que regula en los artículos 1710 a 1715 CCC. Su finalidad, que celebramos, es crear una herramienta ágil y efectiva que permita prevenir daños.

La comisión redactora al presentar esta nueva acción explica: Se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, que se explican a continuación. La omisión del deber de prevención da lugar a la acción

judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir. Se reconoce legitimación sustancial para petitionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado (1)

Vamos a tratar de explicar los fundamentos de esta acción a partir de las indicaciones que nos dan sus redactores.

El art. 1710 crea una obligación legal que grava a todas las personas; ella que consiste en evitar la ocurrencia de daños o limitar que ellos se incrementen. Esa obligación de fuente legal determina la existencia del acto antijurídico que, precisamente, consiste en causar un daño cuando había una obligación de evitarlo.

La acción preventiva procede porque había una obligación genérica (de no dañar) que al ser incumplida ocasiona un acto antijurídico. Avancemos un poco más.

Una vez que tenemos la antijuridicidad (la concreción de un daño que debió prevenirse) y a su autor (el sujeto obligado a prevenirlo) el artículo 1711 CCC determina quiénes tendrán legitimación activa para exigir que se haga efectiva la obligación prevista en el artículo 1710 CCC.

El artículo 1712 CCC determina que la legitimación activa sea amplia, incluyendo a todo el universo de sujetos que tengan interés razonable en evitar la producción del daño. El mero interés razonable

lleva, casi hasta el infinito, la base de individuos legitimados para iniciar esta acción.

Los legitimados, como condición de procedencia de la acción que intentan deberán acreditar que determinada acción u omisión, que le imputan al demandado, es idónea para causar un daño que podría evitarse. Se debe acreditar que la conducta o la omisión imputada tiene entidad suficiente para producir un daño que se puede evitar comportándose de otra manera u omitiendo un comportamiento determinado. Lo que se exige es que se acredite que la conducta reprochada previsiblemente causará un daño. Como bien dice la comisión redactora: “...la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes...”

La acción preventiva es autónoma porque, a pesar de su naturaleza cautelar, no es accesoria de otra acción que la sostenga. Una vez que cesa la conducta dañosa o se obliga a tomar la conducta adecuada para evitar el daño, o impedir su agravamiento el objetivo de la acción queda cumplido.

Críticas y reflexiones sobre la acción preventiva. Las exigencias de responsabilidad. La idea implícita en la norma nos parece justa; incluso loable pero, sin embargo, esa adhesión no nos inhibe de señalar la peligrosa fragilidad constitucional del texto. Por el contrario, esta norma de alto impacto social está tan mal redactada que corre serio peligro de ser declarada inconstitucional. Veamos qué es lo que tanto nos preocupa.

El art. 1711 CCC apartado final establece que “...no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución...”

La primera y única fuente de estudio que tenemos para analizar semejante declaración es la exposición de motivos que precedió a la vigencia completa del código civil y comercial. Allí recurrimos y encontramos que la Comisión redactora señala: “... no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo

que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir...” (2)

Es decir, los creadores del texto nos explican que como se trata de una acción sin contenido patrimonial no es necesario invocar un factor de atribución. Esto significa que no habiendo una disputa material o económica, la parte acusada no tendrá ninguna defensa que oponer a la demanda que cualquiera que tenga un ‘interés razonable’ decida emprender.

Según esta inusual concepción, se dictará la sentencia que prevé el artículo. 1713 CCC, sin que la parte demandada pueda alegar, como eximente de responsabilidad, la ruptura del nexo causal. Nos apenas decir algo que, sin embargo, no podemos omitir: la redacción de este texto es un dislate jurídico pocas veces visto.

Pensar que pueda haber una demanda, y que pueda haber un reproche de antinjuridicidad, y que pueda haber una conducta antijurídica, y que pueda haber sentencia condenatoria, y que NO pueda haber una defensa es un pensamiento casi irracional que viola elementales principios; el texto legal nos causa asombro.

Además resulta incongruente con la propia sistemática interna del código civil y comercial. Recordemos que, el art.1734 CCC establece que “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega” Este artículo tiene una finalidad clara y corre en dos direcciones.

En primer lugar, es una directiva para que el actor del reclamo argumente jurídicamente si la regla de responsabilidad seguirá el curso de un factor objetivo o subjetivo (conf. Artículos 1721 a 1724 CCC). Pero, por otro lado, y con la misma intensidad, el artículo 1734 CCC es una directiva para que la demandada disponga sus defensas y las eximentes de que aspira valerse para poner a salvo su responsabilidad.

No debemos omitir que siempre que haya una imputación de responsabilidad deberá haber un conjunto de defensas posibles y eximentes de esa responsabilidad, conforme lo señalan los arts. 1722, 1729, 1730, 1731 y 1732 CCC. Sin esta dialéctica de acusaciones y defensas el derecho sencillamente desaparece.

Francamente, la explicación de la Comisión legislativa nos parece insuficiente, y la redacción del artículo 1711 CCC muy mala. Sin dudas, a la norma le espera una larga recorrida por tribunales donde su constitucionalidad deberá ser revisada.

Quienes sean demandados por una acción preventiva, podrán alegar, con cierta razón, que la ley los priva de las defensas y las eximentes establecidas en el Código Civil y Comercial, violando su derecho de defensa en juicios y, al mismo tiempo, afectando la legalidad y el debido proceso.

Los factores de atribución de responsabilidad y sus eximentes son elementos sustanciales de la teoría de la responsabilidad. La atribución objetiva de responsabilidad fue un logro mayúsculo del Derecho porque sin ella seguramente continuaríamos habitando en el reino de la impunidad. Pero, no obstante, no podemos dejar de decir que asignar responsabilidad sin permitir defensas, atenta contra los pilares más republicanos y democráticos del sistema. Queremos ser claros con esta idea: la defensa en juicio de los justiciables es un derecho humano que bajo ninguna circunstancia debe ser dejado de lado.

El funcionamiento de la acción preventiva. El propio funcionamiento de la acción justifica nuestra preocupación. Veamos. El artículo 1711 CCC crea una obligación legal que consiste en prevenir daños, o disminuir su magnitud, o impedir su agravamiento. Estos son los núcleos que constituyen a esa obligación. Quien siendo obligado a esta conducta la incumple u omite, es pasible de una acción (preventiva). Luego de tramitada, el artículo 1713 CCC se refiere a los efectos y alcances de una eventual sentencia.

La acción preventiva tiene todos los elementos de la teoría de la responsabilidad. Veamos:

a) Hay autoría: el sujeto que no previene el daño o limita su magnitud o evita su agravamiento.

b) Hay antijuridicidad: violar la obligación genérica prevista en el artículo 1710 CCC.

c) Hay legitimación activa: todos los que tengan un interés razonable en prevenir un año, conforme lo establece el art. 1712 CCC. Si hay un autor acusado de realizar u omitir conductas legales, y esas conductas pueden ocasionar una sentencia condenatoria que imponga obligaciones de dar, hacer o no hacer (conf., art. 1713 CCC) se debió crear un sistema de defensas y eximentes para que el justiciable pueda ejercer plenamente sus derechos constitucionales.

Nos hacemos una pregunta para la que aún no tenemos respuestas: ¿para qué se incluyó ese fatídico apartado final? ¿Qué sentido tiene su incorporación? Hubiera sido mucho mejor dejar la norma sin ese apartado, dejando que la cuestión referida a las eximentes de responsabilidad se resolviera de acuerdo a los principios generales establecidos en los artículos 1721 a 1724 CCC.

Por último: Imagine el lector el pésimo uso que de esta norma podría hacer algún funcionario de ideas acaloradas por una militancia mucho más obsecuente que legal. Es necesario que ese texto sea corregido lo antes posible.

Referencias Bibliográficas

- (1) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, años 2015, pg. 461.
- (2) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, años 2015, pg. 461

El fiador en los contratos de consumo bancarios

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC202A

[Consultado el: 05/04/2022]

Resumen

La renuncia a los principios de excusión y división no son aceptables en las fianzas dadas en garantía de contratos de consumo bancarios. Esas estipulaciones serían nulas en los términos de los artículos 37 LDC, 984 a 989 y 1116 a 1122 del Código Civil y Comercial de la Nación. La figura del principal pagador, que implica una renuncia a los mencionados principios, no será aceptable en los contratos de consumo, especialmente en los establecidos en los artículos 1384 a 1420 del Código Civil y Comercial de la Nación.

1. El contrato de fianza

a) Sistemática. El Código Civil y Comercial de la Nación ubica a este contrato en el Libro III, Título IV, Capítulo 23, Sección 1 a 5, artículos 1574 a 1598. Al igual que otras figuras contractuales, la fianza tiene una primera Sección que regula los aspectos más generales de la figura y secciones siguientes que tratan sobre los efectos del contrato y su extinción.

b) Definición. Se define a la fianza como el acuerdo mediante el cual una persona, física o jurídica, se compromete –en forma subsidiaria o accesorio- a cumplir una obligación asumida por otro. (Art. 1574 CCC). La nota más saliente de este contrato quizás sea que la obligación del fiador es, en principio, subsidiaria de la asumida por el deudor original. Esto significa que solamente se hará efectiva la

fianza si el deudor no cumple la obligación que había tomado frente a su acreedor.

c) El principio de la identidad de las obligaciones. La obligación del fiador debe ser idéntica a la del deudor primario (Art. 1575 CCyC). Si el contrato estableciera una cláusula contraria a esta disposición, obligando en más al fiador, la disposición sería nula. En tal hipótesis el contrato quedaría automáticamente integrado y la fianza limitada a los términos de la obligación primaria (art. 1575 CCyC).

d) La integración del contrato. En congruencia con el principio de identidad, el artículo 1575 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que si se pacta una fianza exorbitante de la obligación principal no se anula todo el contrato, sino que se produce una reconducción automática del acuerdo. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal.

A pesar de que la norma no lo diga expresamente, creemos que si se pacta una fianza excesiva el fiador podrá exigir su liberación pagando la deuda originaria. En ese caso, el acreedor estaría obligado a recibir el pago ofrecido por el fiador y liberarlo de la obligación.

2 Los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor.

a) El beneficio de excusión. El artículo 1583 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone la regla de excusión que obliga al acreedor principal a dirigir su acción primero contra su deudor primigenio, y sólo en defecto de ese pago podría recurrir al fiador. Dicho de otro modo: únicamente cuando los bienes del deudor fueran insuficientes para satisfacer el crédito, el acreedor podrá accionar contra el fiador.

b) Límites al beneficio de excusión. El beneficio de excusión tiene algunas limitaciones expresamente contempladas en el artículo

1584 CCyC. Así, no podrá ser invocado si el deudor principal ha presentado su concurso preventivo o si ha caído en quiebra declarada. Tampoco se podrá usar este beneficio cuando el deudor careciera de bienes. Con relación a los bienes a los que alude el artículo, es preciso señalar que ese concepto debe ser entendido en sentido amplio, y no como lo hacía el Código de Vélez que equiparaba los bienes a las cosas. Los bienes del deudor incluyen una noción mucho más amplia, conforme las reglas establecidas en los artículos 235 a 239 del CCyC.

Esta concepción innovadora que distingue entre bienes y cosas es explicada por la Comisión Redactora del anteproyecto del actual Código Civil y Comercial: “El Título de los bienes se incluye en la parte general en el que se legisla sobre los elementos de los derechos: sujeto, objeto y causa. Se innova respecto del Código Civil actual en el que la temática se circunscribe a las cosas, por lo cual se encuentra ubicada en el Libro de los derechos reales, como elemento del derecho real y no de todo derecho como lo es en realidad, más aún cuando este Anteproyecto no trata sólo de las cosas sino de los bienes, de percepción y contenido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista. De ahí que el primer Capítulo se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa” (1).

Otra excepción al beneficio de excusión está dada cuando la obligación del fiador tiene origen judicial, conforme lo expresa el inciso c) del artículo 1584 CCyC.

3. La renuncia al beneficio de excusión y los contratos de consumo

a) Presentación del tema. La estructura contractual sostenida por el nuevo Código Civil y Comercial. El inciso d) del artículo 1584 CCyC dispone que el derecho de excusión pueda renunciarse libremente por el fiador. Esta renuncia nos merece algunas reflexiones y bastantes dudas. Veamos la cuestión con mayor cuidado.

El nuevo Código Civil y Comercial sostiene una estructura tridimensional en lo que respecta a la Teoría General de los Contratos (2) Así, en el cuerpo normativo van a convivir los contratos paritarios o discrecionales (arts. 957 y siguientes del CCyC), junto con los contratos de adhesión (984 a 989 CCyC) y los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122 CCyC).

La característica más relevante de esta clasificación es que a cada una le corresponde una tutela legal diferenciada.

b) Los contratos discrecionales. En el nivel de los contratos paritarios, en los que prevalece la autonomía de la voluntad y la plena libertad de contratación, es posible aceptar que el fiador asuma un compromiso mayor, y disponga libremente de un derecho que no desea utilizar. Y lo mismo puede decirse cuando el caso involucra un contrato de adhesión, y el predisponente le impone al fiador esa renuncia, que difícilmente pueda ser considerada abusiva.

c) Los contratos de consumo. Pero la situación nos parece más dudosa cuando se trata de contratos de consumo. Las relaciones de consumo, reguladas ampliamente en los artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial y las normas específicas de la ley 24.240, establecen pautas protectorias que, en todos los casos, son indisponibles. Una de esas reglas protectorias se relaciona directamente con la existencia de las llamadas clausulas abusivas, que son nulas.

Ese es, precisamente, el punto que debe llamarnos la atención. Si un proveedor, como condición de su venta o prestación de un servicio exige la concurrencia de un fiador, y luego lo obliga a renunciar al beneficio de excusión aplicando el art. 1584 inciso d del CCyC, estaría, a nuestro modo de ver, incurriendo en la conducta descrita en el artículo 37, inciso b, de la LDC (y en el artículo 988, inciso b, del CCyC). Esa renuncia, que en la mayoría de los casos será forzada, sin la menor duda representa una restricción a los derechos

del consumidor y, en simultáneo, una ventaja injustificada para los del proveedor.

d) La renuncia del fiador y las cláusulas abusivas. Pues bien. La misma solución auspiciamos si la cuestión es vista desde el lado del fiador. Porque quien asume el riesgo implícito de afianzar una obligación tendrá especial interés en determinar si se trata de una obligación emergente de un contrato de consumo o de uno discrecional. El fiador de un contrato de consumo sabe que está garantizando un contrato especial, y especialmente protegido. Él es parte de ese contrato, y le caben todos los principios protectorios que la ley de defensa del consumidor le asigna al deudor principal.

Admitir la solución contraria nos llevaría al absurdo de pensar un contrato divisible, que es discrecional y paritario para uno de los firmantes y de consumo y protegido para otros. Si además consideramos que esta división arbitraria se realiza de manera acomodaticia y con la sola finalidad de favorecer a los proveedores de bienes y servicios, nos encontraríamos, lisa y llanamente, en el escenario opuesto al pensado por el legislador de la ley 24.240 y la ley 26.994. Porque no debe olvidarse que las leyes de defensa del consumidor han sido pensadas para proteger a los usuarios y a los consumidores del mayor poder que tienen los proveedores de bienes y servicios.

A mayor abundamiento, resulta razonable pensar que un fiador que garantiza el cumplimiento de un contrato de consumo, no asumiría ese mismo riesgo dentro de una contratación ordinaria en la que tiene menos chances de protegerse. Por eso pensamos que en un contrato de consumo la renuncia del beneficio de excusión también afectaría la buena fe y las razonables expectativas del fiador.

4. La fianza y los contratos bancarios de consumo

a) Presentación del tema. La cuestión que esbozamos en el párrafo que antecede no es un asunto meramente académico. Por el contrario, en los hechos puede afectar muchas contrataciones. Piense el lector en las operaciones realizadas entre bancos y los usuarios que, muchas veces, utilizan la figura del fiador como condición primordial para la concreción del negocio.

b) La sistemática. El Libro III, Título IV, Capítulos 12, Arts. 1378 a 1420 del Código Civil y Comercial inauguró una nueva familia de contratos de consumo: los contratos bancarios. Son esos contratos los que resultan más intensamente afectados con el razonamiento y el dictamen que esta ponencia formula.

c) El contrato de préstamo y descuento bancario. Para explicar el punto central de esta ponencia, vamos a tomar como ejemplo el contrato de préstamo bancario previsto en el los artículos 1408 CCyC. (3)

El préstamo bancario es un contrato mediante el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero al tomador del crédito quien, a su vez, se obliga a devolver esa suma con más los intereses pactados (conf., art. 1408 CCyC).

En esta figura muchas veces se requiere, como condición inexcusable para otorgarse el préstamo, que el tomador presente un fiador que garantice el fiel cumplimiento de la obligación.

d) Las renunciaciones del fiador. En congruencia con la línea argumental de esta ponencia, sostenemos que si se utiliza un fiador para afianzar las obligaciones derivadas de un contrato de préstamo o descuento bancario, éste no podría ser obligado a renunciar al beneficio de excusión (art. 1584, inciso d, CCyC). Dicho en otras palabras: en los contratos de consumo el beneficio de excusión es un

derecho irrenunciable, que no puede ser libremente dispuesto por las partes.

Por lo tanto: si el contrato bancario de consumo contiene una cláusula de renuncia al derecho de excusión sería nula por abusiva en los términos del artículo 37 LDC y 988 del CCyC.

e) El negocio indivisible y la identidad de las defensas. El negocio jurídico previsto en el artículo 1.408 CCC es indivisible y no sería ni lógico ni justo que el deudor original tuviera beneficios que no le correspondan al fiador que, por definición, resulta ser un deudor secundario o subsidiario.

Por otra parte, esa solución sería contraria a lo dispuesto en el artículo 1587 CCyC. Recordemos que esta norma le permite al fiador oponer al acreedor todas las defensas y excepciones propias del deudor principal. Las defensas propias, además de significar las apropiadas para resistir la acción intentada, son las que surgen de la relación contractual establecida entre las partes. Los derechos propios del usuario son los que surgen del Código Civil y Comercial y de la ley de defensa del consumidor (conf., arts. 1092 a 1122 y Ley 24.240). Por tanto, el fiador podría ampararse en todos y cada uno de los amparos que la ley de defensa del consumidor les asigna a los usuarios.

Para terminar, tampoco sería justo que utilizando la figura contractual de la fianza el proveedor se libere de los riesgos, avatares y responsabilidades que le corresponden en tanto sujeto de una relación de consumo.

f) El beneficio de división. Esta es la segunda regla que protege al fiador de abusos y situaciones injustos. Conforme lo establece el artículo 1589 CCyC, cuando hay más de un fiador cada uno responde por la cuota a que se ha obligado. Es decir, entre los fiadores de un mismo negocio no hay solidaridad. Sin embargo, puede

haber solidaridad entre el fiador y el deudor principal si se hubiera pactado expresamente en el contrato (Art. 1.590 CCyC).

g) Renuncia del beneficio de división. El último párrafo del artículo 1.589 CCyC establece que 'El beneficio de división es renunciable'. No obstante, y al igual que lo que ocurre con el beneficio de excusión, pensamos que esa renuncia no sería posible en el marco de un contrato de consumo. Por eso repetimos las mismas reflexiones que hicimos al comentar el beneficio de excusión, a donde remitimos al lector.

h) El principal pagador. El art. 1.591 CCyC regula esta figura contractual. A diferencia del fiador, el pagador no asume una obligación accesoria, sino una principal. El efecto principal que se deriva de esta situación es que el acreedor puede demandar indistintamente al deudor principal o al principal pagador porque ambos sujetos asumen idénticas obligaciones.

En los hechos, el principal pagador renuncia a los derechos de división y excusión que le correspondían en su condición de fiador. Entendemos que por tratarse de una renuncia de derechos indisponibles le caben las mismas reflexiones que hicimos al referirnos a la excusión y división.

Por lo tanto, estamos forzados a concluir que la figura del principal pagador, aplicada a los contratos bancarios de consumo, es abusiva porque implica un traslado de los riesgos que debe asumir el proveedor y que no puede trasladar a los usuarios. Ni siquiera valiéndose de la figura del principal pagador.

5. Conclusiones

a) La renuncia a los principios de excusión y división no serán aceptables en las fianzas dadas en garantía de contratos de consumo.

b) Esas estipulaciones serían nulas en los términos de los artículos 37 LDC, 984 a 989 y 1116 a 1122 del Código Civil y Comercial.

c) Toda vez que el contrato de préstamo y descuento bancario es un contrato de consumo, los fiadores que concurran a formar esos acuerdos no podrían renunciar a los beneficios de excusión y división.

d) La figura del principal pagador, que implica una renuncia a los mencionados principios, no será aceptable en los contratos de consumo, especialmente en los establecidos en los artículos 1384 a 1420 del Código Civil y Comercial.

Referencias Bibliográficas

- (1) Código Civil y Comercial. Ed. Astrea, año 2015, página 89.
- (2) Comisión Redactora: El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera: a) Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada. b) Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen. c) Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea celebrado o no por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante. (Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, página 292).
- (3) Artículo 1408. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.

El error en el nuevo Código Civil y Comercial

Los optimismos artificiales y las regresiones concretas: los peligros de una pésima reforma

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>

[Consultado el: 06/04/2022]

1) Introducción. En nuevo código Civil y Comercial, en palabras de sus redactores más destacados, tiene como eje central la protección de los intereses de los individuos más vulnerables. Así, la Comisión Redactora explica en qué consiste lo que denominan, con un optimismo un poco desmesurado, el Código de la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

Sin embargo, al tratar el error como vicio de la voluntad ese énfasis decrece dramáticamente al punto que nos hace sostener que todo el tratamiento que se hace del error va en contra de la protección del más vulnerable.

2) Los vicios de la voluntad en el Código Civil y Comercial. La voluntad de un sujeto puede ser afectada por distintas situaciones. Cuando ello ocurre, pierde su eficacia para constituir actos jurídicos. El Código Civil y Comercial sigue el mismo método de Vélez Sársfield en materia de vicios de la voluntad. Las situaciones que vician la voluntad del sujeto son el error, el dolo y la violencia.

3) El error. Para Roberto Brebbia, el error describe una confusión en la conciencia del sujeto que lo lleva a tomar decisiones incongruentes con su voluntad real: “En el lenguaje corriente, se entiende por error la opinión falsa que se tiene de una cosa y también, la equivocación material en que incurre el agente al declarar, que determina, en este último caso, la incongruencia del acto realizado con la voluntad interna.” (1)

Conforme lo establece el actual art. 265 CCyC, (2) para que el error produzca esa incongruencia entre el resultado del acto y la voluntad interna del sujeto, debe ser esencial para quien declara, y reconocible para quien la recibe. En ese orden, Lorenzetti y María Isabel Benavente sostienen: “Para que el error cause la nulidad del acto debe tratarse de error esencial y ser el móvil determinante de la voluntad de quien ha errado. Cuando se trata de actos jurídicos bilaterales o unilaterales recepticios, para que el error cause la nulidad, debe ser conocible por el destinatario. Se protege, así, la buena fe y la seguridad en el tráfico, figuras compatibles con el deber de información que integra la estructura elemental del Derecho contemporáneo.” (3)

La nulidad derivada de un error requiere que éste haya sido relevante para el agente que emite su voluntad, y ‘reconocible’ para quien la recibe. Pero, ¿qué significa ‘reconocible’? Los autores citados explican, o intentan explicar, este concepto: “Antes bien, para ser

susceptible de nulidad, debe tratarse no sólo de error esencial sino que -además- la otra parte ha de tener la posibilidad de conocer -o reconocer- el error en que incurrió quien tuvo ese falso conocimiento de las cosas.” (4)

Esta exigencia, desde luego, hace más difícil probar la existencia de un error; pues ya no será suficiente que el yerro sea determinante en la conciencia del sujeto, sino que también habrá que probar que el receptor pudo advertirlo. Y esto nos obliga a realizar más preguntas: ¿quién cargará con esas exigencias probatorias? ¿Cómo podrá probarse que un proveedor de bienes y servicios conocía el error determinante para la compra de una planchita para el pelo?

Desde luego, la prueba de que el error fue reconocido por el destinatario correrá por cuenta de quien lo invoque (el consumidor). Será muy difícil para ellos anular el acto invocando un error. Y lo que es más grave, el mismo criterio se podrá oponer a la información debida por los proveedores quienes seguramente dirán que no advierten la desinformación que invocan los eventuales clientes. El mismo tratamiento que se le da al error, podrá aplicarse al deber de información; porque nadie puede ignorar que hay entre el error cometido por el usuario, y la información debida por los proveedores, una cercanía que los autores de la norma no consideraron apropiadamente.

Pese a lo dicho, Lorenzetti y Benavente avanzan con sus elogios a la norma: “De esta forma se desplaza la relevancia de la culpabilidad o inculpabilidad del error que recae sobre la parte que lo experimentó, hacia la otra. En ese nuevo esquema, el error se transforma en relevante cuando es reconocible para contraparte porque ésta pudo advertir que faltaba en la conciencia de ambas

correspondencia en la declaración y, por tanto, no sólo está ausente el elemento subjetivo sino también el elemento objetivo del acto bilateral.” (5)

Sinceramente, no logramos ver el desplazamiento sugerido en la cita; la norma solamente impone una duplicación de requisitos para alcanzar la nulidad del acto. El cambio en el régimen está determinado por la eliminación de la exigencia de inexcusabilidad prevista en el artículo 921 del Código anterior y por la inclusión del requisito de la conocibilidad previsto en el actual artículo 266 CCyC.

El art. 266 CCyC (6) define al error reconocible; pero esa definición, además de imprecisa como pocas, es irrelevante para determinar quién debe probar y cómo debe probarse la nueva exigencia legal sobre la reconocibilidad del error. Pero una vez más Lorenzetti y Benavente defienden la norma, asignándole al nuevo sistema virtudes que nos cuestan apreciar. “Bajo este nuevo contexto, caracterizado por una nueva distribución de los riesgos declarativos en la fase de formación del consentimiento, caracterizado por la imposición de deberes de información... resultaba imprescindible mudar también, radicalmente, la perspectiva desde la cual corresponde apreciar la significación del error dentro de la teoría de los vicios de la voluntad. El Código, siguiendo una importante doctrina nacional, da curso a este cambio de perspectiva al trasladar el centro de gravedad de la teoría del error, de excusabilidad a la conocibilidad o reconocibilidad de éste con la finalidad de amparar al destinatario de la declaración errónea, acordando así seguridad al tráfico.” (7)

La cita contiene los cambios fundamentales del nuevo sistema. En el régimen anterior, el error no podía invocarlo quien no podía excusarse del error invocado. Por ejemplo, en una relación de

consumo si el usuario estaba correctamente informado acerca de cómo utilizar un producto, frente a un daño ocurrido por su mal uso no podía alegar el error. En ese caso, la relación causal no provenía de un error en la voluntad sino de un mal uso imputable al usuario. No hubo error, sino torpeza inexcusable, que debía ser soportada por el propio sujeto. Ese era el espíritu del viejo artículo 929 del CC que disponía: “El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable.” El criterio, a nuestro modo de ver, era correcto, porque atendía a la relación causal del hecho.

Con la actual redacción de los artículos, desafortunadamente, el error dejó de ser un asunto de la conciencia del sujeto para convertirse en un concepto compuesto por una combinación extraña, poco razonable y casi imposible de verificar, entre el yerro de un individuo y la aptitud -de otro- para conocerlo. Involucrar a un tercero en el estado de conciencia de una persona individuo es algo francamente inexplicable.

Pero además de ser irremediabilmente confusa, la reforma perjudica a los usuarios y consumidores que, como todos saben, son las personas más proclives a caer en errores que vician su discernimiento. Por culpa de estos cambios legislativos, para lograr la nulidad de un acto los usuarios deberán demostrar su error y, en simultáneo, que dicho error fue reconocible por el destinatario. La Comisión Redactora explica este desplazamiento que NO beneficia al que comete el error: “Se mantiene la necesidad de que el error sea esencial y se prescinde del requisito de la excusabilidad. Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios, el esquema de la excusabilidad se traslada -para tutela de la confianza -del que yerra

hacia el destinatario de la declaración: se requiere, por ello, la reconocibilidad (art. 1428 Cód. Civil italiano).” (8)

Esa fue la intención última de la norma: privilegiar la seguridad del negocio jurídico, haciendo que este criterio prevalezca sobre la voluntad real del sujeto que sufrió el error. Se decide mantener la vigencia del acto sin repararse que en todos los casos que puedan imaginarse se estará perjudicando a la persona más vulnerable del acto jurídico bilateral: el consumidor.

Conclusión. La reforma es, a nuestro juicio, lamentable. El tratamiento que los artículos 265 a 270 CCyC hacen del error es regresivo, y deja de lado una de las premisas centrales del Código Civil y Comercial: el predominio de la tutela del sujeto vulnerable sobre la seguridad del negocio jurídico.

Referencias Bibliográficas

- (1) BREBBIA, Roberto, “Hechos y actos jurídicos”, T° 1, Ed. Astrea, pág. 283.
- (2) “Artículo 265 CCyC. Error de hecho. El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad”.
- (3) BENAVENTE, María I. en: LORENZETTI, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.”T° II, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2015, pg. 42.
- (4) BENAVENTE, María I. en: LORENZETTI, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.”T° II, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2015, pg. 44.
- (5) BENAVENTE, María I. en: LORENZETTI, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.”T° II, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2015, pg. 45.

(6) “Artículo 266 CCyC. Error reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar.”

(7) BENAVENTE, María I. en: LORENZETTI, Ricardo L. (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado.”Tº II, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2015, pg. 51.

(8) “Código Civil y Comercial. Concordado”, Ed. Astrea. 2015, pág. 98.

Los menores, el derecho mercantil y las relaciones de consumo

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC2083

[Consultado el: 06/04/2022]

1) Introducción

Los menores son protagonistas casi exclusivos y excluyentes del mercado de consumo. Ellos adquieren bienes y servicios en forma habitual. La aparición de sofisticadas tecnologías informáticas aplicadas al consumo ha incrementado la participación de los menores y adolescentes en la vida del derecho. Se trata de una realidad que nadie puede desconocer y que crea preocupaciones a los teóricos del derecho.

Los niños y jóvenes de nuestros países son los sujetos más vulnerables del mercado y, por tanto, deben ser los que mayores cuidados requieren. En ese sentido, no hay protección más eficiente y duradera que una buena educación; la gran tarea del Estado es ofrecer una educación de excelencia a la población: no hay bendición más preciada y duradera que la Educación.

En general se entiende que cuando se habla de niños, la franja etaria comprendida va del nacimiento de la persona hasta los 12 años, aunque algunos estudios prorrogan hasta los 14 años la edad infantil.

Los motivos por los que este segmento etario resulta tan tentador para las grandes corporaciones son bastantes sencillos de entender. Veamos:

a.- El niño no conoce el valor del dinero; no es consciente de lo que el dinero representa o simboliza.

b.- Los niños no tienen un control del deseo. Sus filtros de control y restricción no están aún desarrollados, para un niño no aparece clara la línea divisoria que separa al deseo de su concreción.

c.- Las marcas, a través de publicidades precisamente dirigidas a los más pequeños, ejercen un control que resulta mucho más severo que el que pueden ejercer sobre el público adulto.

d.- Como es bien sabido, en los niños el 'capricho' tiene un lugar predominante en su estructura psíquica. Hasta que no se llega a una edad madura, las decisiones están más relacionadas a estados emocionales que a elecciones racionales.

Por eso los niños son una verdadera tentación para las grandes marcas. En Argentina constituyen un enorme universo de personas que representa algo menos un poco más de 12 millones. En Latinoamérica la cifra alcanza los 125 millones y en el mundo se estima que hay alrededor de 2 mil millones de niños. (1)(2)(3).

Estudios y fuentes confiables indican que los chicos inciden en el 40 % de las decisiones de compra de una familia tipo. Lector, esto significa que los más pequeños deciden o nos ayudan a decidir cómo gastar casi la mitad del presupuesto que disponemos para atender las necesidades de nuestras familias. El mismo estudio, corroborando la importancia de los niños en las compras familiares,

indica que las grandes cadenas de supermercados han seguido una tendencia muy marcada a partir de los '90: han bajado la altura de las góndolas en las que se ofrecen los productos para que su visualización sea más cómoda y conveniente para la estatura de nuestros hijos.

No nos vamos a cansar de repetir que la única manera de enfrentar este problema de manera responsable es con un buen sistema de educación. Todos los esfuerzos del Estado deben concentrarse en alcanzar un nivel educativo, público y gratuito, de excelencia.

La enorme brecha cognoscitiva que separa al proveedor de los bienes y a quienes los consumen, en el caso de los niños se ensancha.

La alta tecnología, cada vez más accesible a los más jóvenes, nos muestra una realidad sombría. Recientes estudios advierten que 4 de cada 10 adolescentes no apagan su computadora, el celular u otros dispositivos de conexión ni siquiera cuando se van a dormir. Es decir: permanecen conectados las 24 horas del día sin ninguna interrupción. Esto implica estar conectados con redes sociales, pero también con gigantescos portales comerciales donde pueden comprar y vender absolutamente todo lo que se les ocurra.

Y ello sin considerar los otros peligros adicionales de esa conectividad insomne. El mismo estudio señala que la mitad de los adolescentes encuestados alguna vez fueron molestados por fotos o videos violentos, o de contenido sexual o por mensajes agresivos. Por otra parte, y este dato es aún más preocupante, se indica que 4 de 10 chicos encuestados participó de alguna forma de acción de 'bullying', o publicó fotos de otros chicos sin su permiso, o aún en contra de una prohibición expresa.

Es el tiempo que nos tocó vivir. Pero no debemos resignarnos: el Estado debe intervenir y redoblar su compromiso a favor de la educación.

2) Los menores en el Código Civil y Comercial. El régimen de nulidades

El tema de la minoridad, y las protecciones que la niñez requiere, forman parte importante del Código Civil y Comercial. La temática es abordada en distintas secciones del código. En primer lugar, en el Libro I, Título I, Capítulo 2, artículos 22 y siguientes y concordantes CCC. Todas estas normas se ocupan del tema de la minoridad y de la capacidad. Luego, el Libro I, Título IV, Capítulo 9, artículos 382 y siguientes y concordantes CCyC regulan sobre el régimen de nulidades, con sus efectos y alcances.

El código establece dos categorías de sujetos tutelados por su edad. El primer grupo lo constituyen los menores de edad, que son los sujetos que no han cumplido los 18 años (Conf., art. 25, primer párrafo, CCyC). La norma es coherente con el artículo 1° de la ley 23.839 (Convención de los Derechos del Niño. ONU, 1989) que también establece la condición de niño para todo ser humano que no haya cumplido los 18 años de edad. Sin embargo, la Convención no hace el distingo, que sí hace el Código Civil y Comercial, con relación a los menores de edad que ingresan en la adolescencia. Ese distingo, como más adelante veremos, ocasiona la irreversible inconstitucionalidad del artículo 26 CCyC.

El segundo párrafo del art. 25 CCC se refiere a los adolescentes; en ese universo etario ubica a todas las personas que han cumplido 13 años (Conf., art. 25, segundo párrafo, CCyC). Asimismo, dentro del grupo de adolescentes se hace un distingo entre

los jóvenes que tienen entre 13 y 16 años, y los que superan los 16 pero no alcanzan los 18.

Es decir, los menores con tutelas especiales de la ley se agrupan de la siguiente manera:

(I) Menores de edad: Hasta los 18 años (Art. 25, primer párrafo, CCyC).

(II) Adolescentes: Desde los 13 años (Art. 25, segundo párrafo, CCyC).

(III) Adolescentes de 13 a 16 años. (Art. 26, cuarto párrafo, CCyC).

(IV) Adolescentes de 16 a 18 años (Art. 26, sexto párrafo, CCyC).

(V) A cada una de estas categorías le corresponde una tutela efectiva que estará determinada por la edad del sujeto, pero también por el grado de su madurez.

Naturalmente, la tutela legal se incrementa cuando el sujeto tiene menos edad, pero a medida que la persona crece y desarrolla sus aptitudes emocionales e intelectuales la protección legal decrece. Así, se permite que el adolescente tome decisiones que no podría tomar el niño, y que el joven de 16 años asuma compromisos personales que no se le permiten tomar a quién no ha alcanzado esa edad.

No obstante, las personas menores de edad no tienen capacidad plena para ejercer sus derechos (Conf. Art. 24 CCyC). Ese impedimento, es suplido por la representación legal a que alude el art.

26 CCyC. Por lo tanto, el acto comercial dado por el menor sin los recaudos establecidos en el artículo 26 CCC es -en principio - nulo, y habrá que analizar el caso concreto para determinar qué tipo de nulidad afecta al acto, y qué sanción le corresponde.

3) El régimen de las nulidades

En materia de ineficacia de los actos jurídicos, y más específicamente con relación a las nulidades, el artículo 386 CCyC sostiene una clasificación bifronte del tipo de nulidad. Las nulidades, según el interés que afecten, pueden ser absolutas o relativas. La primera categoría le corresponde a los actos jurídicos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Por su parte, la nulidad relativa se aplica para proteger el interés de determinadas personas. Los menores, por caso.

El acto de consumo realizado por el menor de edad, a nuestro modo de ver, no contiene una nulidad absoluta. Mucho menos en el caso de tratarse de un acto emprendido por un menor adolescente de 16 años. Según las circunstancias del caso, y siempre considerando el grado de madurez del sujeto, podría haber una nulidad relativa. Si la nulidad fuera invocada por el representante legal del menor se aplicaría únicamente en favor del menor. En ese sentido es muy claro el artículo 386 CCC, en cuyo párrafo final decreta que "...la ley impone esta sanción sólo en protección de interés de ciertas personas."

Nosotros sostenemos que está descartada la posibilidad de que sea el proveedor quien invoque una nulidad relativa (establecida a favor del menor incapaz) para declarar la ineficacia del acto jurídico. No obstante, este criterio podrá ser dudoso a tenor de lo establecido en el artículo 388 CCyC. Veamos esta norma:

Artículo 388.- Nulidad relativa. Consecuencias. La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.

Más allá de la redacción de la norma, creemos que si el acto jurídico involucra un contrato de consumo (Arts. 1092 a 1122 CCC) o a una relación de consumo regulada por la Ley 24.240, el proveedor no podría invocar la nulidad relativa del acto para declarar su ineficacia. Por más que el comerciante haya obrado de buena fe (ignorando que estaba haciendo negocios con un menor, por ejemplo) ese error le será reprochable como lo sería negligencia que, por otra parte, era muy fácil evitar solicitando los datos identificatorios de la persona con la que estaba realizando el negocio jurídico de consumo.

Finalmente, aún más remota nos parece la hipótesis en la que una relación de consumo, celebrada con una persona incapaz, pueda ocasionarle al proveedor el perjuicio extraordinario al que alude el artículo 388 CCC. En definitiva, creemos que esta norma de excepción no es aplicable a los actos jurídicos que involucren contratos o relaciones de consumo. En los demás casos, su aplicación deberá ser sumamente cauta y restrictiva.

4) Los contratos de escasa cuantía. El artículo 684 CCyC

Todo lo dicho sobre los menores y su actividad comercial parece encontrar una excepción en el artículo 684 CCyC referido a los contratos de menor cuantía. La norma establece que: “Los contratos

de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores.”

El texto legal, de muy defectuosa redacción, apunta a validar los actos comerciales relacionados con la vida doméstica de una familia típica en la cual los hijos suelen ir de comprar al almacén o al supermercado. Pero el texto es sumamente criticable porque su redacción es de tal ambigüedad que esteriliza la idea que propone.

Veamos:

En primer lugar, no se define qué debe entenderse por contratos de escasa cuantía. Un paquete de pan lactal seguramente lo será pero, ¿comprar un mantel de cierta calidad, o un juego de copas de cristal, también entrarán en esa categoría? ¿Si el menor compra alguno de estos últimos artículos, sus padres podrán anular la compra? Luego, la norma tampoco dice qué ocurre si el menor que compra una leche descremada (precios cuidados) no es hijo de quien le ordena hacer la adquisición. En este caso, ¿la compra será también válida? ¿Qué sentido tiene haber puesto las palabra hijo y padres’ en lugar de utilizar los términos más genéricos de ‘menor’ y ‘adulto’.

5) Una incongruencia paródica

Pero más allá de estas pequeñas imprecisiones, el artículo 684 CCyC descubre una de las mayores incongruencias y debilidades del nuevo sistema legal. Veamos detenidamente esta cuestión.

Por un lado, y conforme lo establece el artículo 26 CCyC, un menor de 16 años es considerado adulto para tomar todas las decisiones relacionadas con su cuerpo (por ejemplo: someterse a cualquier intervención quirúrgica, negarse a un tratamiento médico,

realizarse cirugías estéticas, etc) pero, sin embargo, si ese mismo joven de 16 años acude al almacén y compra un ventilador de escritorio esa compra, al no estar incluida dentro de las confusas hipótesis del artículo 684 CCyC, podría ser anulada por la mamá o el papá del joven.

Es asombroso que los legisladores no hayan advertido esta asimetría provocada por los inexplicables excesos del artículo 26 CCyC (4) y los defectos del artículo 684 CCyC.

6) La inconstitucionalidad del art. 26 Código Civil y Comercial

El final del párrafo que antecede, al mejor estilo de las comedias de enredo que al llegar al final van poblando nuestras confusiones con las certezas del guionista, nos da pie para incluir en este trabajo una idea reciente que, a mi pesar, reconozco haber descubierto en forma tardía. Veamos de qué se trata.

El artículo 26 CCyC, que siempre me pareció un texto legal muy malo, me enojaba tanto que ese enojo me impedía advertir que, además de ser una pésima norma, es una disposición legal incongruente con el artículo 75 inc. 22 de la CN y con muchas otras normas dispersas en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir: es una norma muy mala que, además, es inconstitucional. Comparto con el lector el desarrollo que me permitió llegar a esa conclusión definitiva.

De acuerdo a la organización de nuestro ordenamiento - a partir de la reforma constitucional del año 1994 - las normas que se opongan a los tratados internacionales deben ser consideradas inconstitucionales. En lo más alto de la cima del ordenamiento jurídico aparecen los tratados internacionales que, conforme lo

establece el art. 75 inc. 22, tienen una jerarquía constitucional que supera a la de las leyes ordinarias. Coincidimos con Néstor Sagüés cuando afirma: “Un cambio importante ha sido el status de los tratados, puesto que el nuevo texto da rango constitucional, bajo ciertas condiciones, a algunos instrumentos sobre derechos humanos: art. 75, inc. 22...” (5)

La reforma constitucional determinó la existencia de un nuevo orden constitucional que ahora está integrado por leyes federales subordinadas a ciertos tratados internacionales. Jorge Amaya se refiere a esta situación: “El principio de supremacía constitucional hasta la reforma de 1994 estaba definido, principalmente, por los arts. 27 y 31 de la Const. Nacional, que establecían la prioridad del derecho federal, constituido por la Constitución, las leyes federales y los tratados con potencias extranjeras, sobre el derecho local. Este contexto del derecho federal era considerado como ‘la ley suprema de la Nación (6).

Como bien decía Sagüés, la reforma constitucional del año 1994 estableció un nuevo orden de jerarquías normativas:”El orden de prelación determina, básicamente, que todo sistema jurídico está diseñado a partir de normas fundamentales que, como tales, se encuentran en la cúspide de la clásica pirámide pensada por Kelsen. De ahí que las restantes normas que componen un ordenamiento jurídico, por ser inferiores en cuanto a la gradación, deban guardar estricta correspondencia con las premisas supremas, dado que, en caso de existir conflicto entre unas y otras , prevalecerán estas últimas.”(7)

El artículo 26 CCyC, que asigna a menores entre los 13 y los 16 años capacidades excepcionales y distintas a las previstas en distintas leyes especiales (P.ej. Leyes: 23.839; 24.193; 26.061; 26.743

entre otras; y la Convención sobre los derechos del niño, art. 75, inc. 22 -segundo párrafo - Const. Nac) ha violado el orden de prelación normativa establecido en el artículo 75 de la Const. Nac.

La citada convención internacional determina que todos los sujetos que no han cumplido 18 años deben recibir la tutela efectiva del Estado. Dicha protección se manifiesta a través de un régimen de capacidad restringida que progresivamente va cediendo a medida que el sujeto crece. Esa incongruencia entre la minoridad prevista en el tratado internacional - de rango constitucional - y la ley federal determina la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de esta última norma.

Parte de la doctrina, ya había advertido -con mirada crítica - estas incongruencias: “En primer lugar, cabe señalar que el artículo en comentario, en algunas de sus disposiciones más importantes, se contrapone con otras del mismo Código y no se adecua a los paradigmas de la Convención sobre los Derechos del Niño, receptado también en la ley 26.061. Las contradicciones podían entenderse en relación con el Código velezano de 1871, pero no deberían repetirse en el nuevo ordenamiento, que se propone una real adecuación a los tratados internacionales sobre derechos humanos.” (8)

Pensamos que esta contradicción, que afecta una materia tan importante como la minoridad y el tratamiento protectorio que el sistema legal debe darle a los menores, es de tal gravedad que requiere una declaración contundente -y aún de oficio - de inconstitucionalidad. (9)

Nada mejor para cerrar estas reflexiones que una cita del célebre caso Marbury que el citado jurista Amaya nos presta en su libro que tanto hemos citado: “En esta línea de pensamiento,

MARSHALL señaló en *Marbury vs Madison* que hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.” (10)

Esperemos que los jueces acompañen estas reflexiones y sumen las propias para evitar que las leyes sean de utilidad para toda la sociedad, evitando que sean tributarias de progresismos opacos e inverosímiles.

Referencias Bibliográficas

- (1) www.unicef.org/argentina/spanish/overview_11124.htm.
- (2) www.portal.unesco.org/geography/es/ev.php-URL_ID=15895&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201
- (3) <http://www.unicef.org/spanish/specialsession/press/globalchildMarchupdateSP.pdf>
- (4) Sin dudas las cuestiones previstas en el artículo 26 y siguientes del CCyC exceden el marco de esta obra referida a contratos. No obstante, no podemos ni queremos omitir hacer un comentario crítico de esas normas que deploramos. Cualquier analista en temas de educación puede comprobar la triste realidad que golpea a nuestro país en materia de educación. Los indicadores internacionales señalan que casi la mitad de nuestra población escolar no llega a comprender los sencillos textos que sirven para examinar esa aptitud. Frente a ese

diagnóstico, tan crudo como triste, nos parece grave (hasta irresponsable) dictar una norma que permita que un chico o una chica de 14 o 16 años pueda tomar decisiones tan graves para su propia vida, y tan negativas para el clima de amor y saludable autoridad que debe regir las cuestiones de familia.

(5) Néstor Sagüés. Constitución de la Nación Argentina, página 38. Ed. Astrea - 2004.

(6) Jorge Alejandro Amaya. Control de la constitucionalidad pg. 358. Ed. Astrea -2015.

(7) Jorge Alejandro Amaya. Control de la constitucionalidad pg. 243. Ed. Astrea -2015.

(8) Código Civil y Comercial T. 1 página 110. Ed. Astrea - 2015.

(9) La mayor parte de la doctrina nacional se inclina por reconocer la potestad judicial del control oficioso. Es este sentido Bielsa sostiene que la Corte Suprema como cualquier otro tribunal deben declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley por la misma razón de prevalecer el orden público. No puede un tribunal fundar su decisión en una ley que repugne a la Constitución. Jorge A. Amaya. Control de la constitucionalidad, pág.241. Ed. Astrea - 2015.

(10) Jorge Alejandro Amaya. Control de la constitucionalidad pg. 248. Ed. Astrea -2015.

Las relaciones de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial

La resurrección del bystander

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC20BA

[Consultado el: 07/04/2022]

1. Presentación.

En algún sentido este breve ensayo tiene una debilidad insalvable que deroga todas sus pretensiones. Lo confieso abiertamente: el trabajo se presenta bajo la fórmula de una interrogación aparente cuya finalidad, sin embargo, no es hallar una respuesta sino precisamente la opuesta. Las reflexiones que siguen procuran evitar que una contestación conclusiva de por terminado el tema relacionado con el tercero expuesto a la relación de consumo.

Quiero decir a mi favor que la cuestión del ‘bystander’ no es una materia que pueda ser decidida estudiando más, o leyendo mejores textos, o acudiendo a una conciencia más esclarecida para que su mejor pensamiento ilumine las opacidades del nuestro. La existencia o la derogación del bystander de nuestro sistema normativo no es un dilema que pueda agotarse con una respuesta. Estamos, afortunadamente, frente a un asunto que debido a su complejidad es vacilante y escurridizo.

Tampoco ignoro que presentar un ensayo cuya conclusión postula el triunfo de las incertidumbres adolece de una debilidad prácticamente insuperable. Sin embargo, esa impotencia que deja inconclusa la idea que pretende establecer es, a mi modo de ver, el único mérito de estas anotaciones: mantener en estado indeterminado un tema que tiene tanta importancia que es mejor reflexionar sobre su contenido antes que decidir su extinción.

2 El dilema. Este es el interrogante que propongo no resolver sino examinar: ¿la figura del tercero expuesto a la relación de consumo, que oportunamente postulara el artículo 1° LDC luego de su modificación por la ley 26.361, quedó definitivamente derogada por la ley 26.994?

3. Las normas en juego. En primer lugar vamos a presentar cada una de las normas, vigentes y póstumas, que están relacionadas con el bystander criollo.

1. El artículo 1° de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361;
2. El artículo 1° de la ley 24.240, reformado por la ley 26.994.
3. El artículo 1094 Código Civil y Comercial.
4. El artículo 1096 del Código Civil y Comercial.

a) El primigenio artículo 1° LDC. La gigantesca maquinaria de legitimación. Veamos qué decía el artículo 1° LDC luego de ser modificado por la ley 26.361. Esa norma, en efecto, establecía una formulación muy amplia para definir el universo de sujetos que debían ser considerados usuarios o consumidores. La norma, en su segundo párrafo disponía: Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o

social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

La lectura del texto nos impone una conclusión: todos somos consumidores o usuarios en todo momento. De esta forma, prácticamente, no queda ninguna relación jurídica que no sea, en simultáneo, una relación de consumo. En su momento la doctrina nacional se había ocupado de esta extensión un poco exagerada de la norma, entendiendo que la amplitud conceptual tenía un arraigo constitucional: “El art. 42 de la Const. Nacional, se refiere a los derechos de los consumidores y usuarios ‘en la relación de consumo. Entendemos que es lo correcto, pues la tutela no va dirigida a un sector de la población, sino a toda persona que halle en ese supuesto”

(1) La noción de tercero expuesto, desde sus orígenes, estaba destinada a romper la idea de un contrato para llenar de contenido social a las relaciones de consumo. “En nuestra opinión, el texto constitucional adopta esta expresión no porque dude de que existe un contrato, ya que hay una oferta y una aceptación, sino para referirse, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios...La ley 26.361, con criterio amplio, incorpora la expresión ‘relación de consumo...’”(2)

A pesar de la aparente exageración del texto no estoy seguro de que la norma, aún bajo esa formulación extrema, estuviera equivocada. Pero más allá de afinidades personales, el texto legal nunca fue bien visto por la doctrina nacional (siempre conservadora a la hora de aportar las ideas que escasean) ni, mucho menos, por los poderosos sectores integrados por los proveedores de bienes y servicios (Particularmente las aseguradoras). Estos últimos, y con

razón, veían que la norma marcaba un claro avance hacia ellos en materia de responsabilidad.

No caben dudas que la inclusión de un sujeto abstracto denominado ‘expuesto a la relación de consumo’ aumenta los límites en los que se desarrolla la teoría general de la responsabilidad porque aumenta, casi infinitamente, las posibilidades de tramitar un reclamo. “Por otra parte, la exposición a un relación de consumo en rigor no constituye ninguna regla de legitimación, legitima a todos frente a un daño cuya causalidad se acredite ocasionada por algún objeto, actividad o cosa que pueda ser denominada producto; claro está sin que se tal término encuentre precisión en alguna fuente del sistema jurídico.”(3) Tiene razón Santarelli, la noción de tercero expuesto, dada su amplitud, nos legitima a todos para ser titulares de eventuales acciones de responsabilidad contra proveedores de bienes y servicios.-

Uno de los pilares que sostiene la tan mentada defensa del consumidor consiste, justamente, en facilitar el acceso a la justicia de los usuarios. El verdadero acceso a la justicia consiste en, no solo permitir que el usuario se queje sino alentarle, desde el Estado, a que lo haga. “En cuanto a los requisitos básicos que deben contener los procedimientos destinados a dar andamio a este tipo de demandas, señalamos los siguientes: a) procedimientos gratuitos, ágiles y abreviados, y que contengan instancias conciliatorias; b) legitimación activa amplia, comprensiva del afectado, las asociaciones, las autoridades administrativas, el Ministerio Público y el defensor del pueblo...e) posibilidad de obrar preventivo, mediante dictado de medidas urgentes de cese o reparatorias; mecanismos indemnizatorios fluidos que no sólo permitan otorgar reparaciones a los afectados sino que, además, desalienten y eviten ganancias empresariales ilegítimas o fraudulentas.”(4)

Comparto la idea de Rusconi; es esencial para la buena marcha del Derecho del consumidor que existan procedimientos que sean gratuitos, y en lo que la legitimación activa para acceder a ellos sea lo más amplia posible.

La organización internacional de Naciones Unidas sostiene que es inherente al derecho del consumidor la creación, por parte de los Estados, de procedimientos –judiciales y administrativos - que faciliten y estimulen los reclamos de los usuarios. En ese sentido, las Directrices para la protección del consumidor, tanto en su primera formulación del año 1985 como en la última reforma del pasado mes de julio de 2015, sostienen la necesidad de aceptar los mecanismos públicos para hacer reclamos apropiados. Así, en el punto E. n° 36 se establece: “Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos...Se debe facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes y otros procedimientos para obtener compensación y solucionar controversias.

Es clave para la buena marcha de las relaciones de consumo que existan muchas quejas de usuarios enojados, y procedimientos ágiles que las contengan. El instituto del bystander va en esa dirección; en definitiva, todos sus secretos se resumen en la creación de una gigantesca legitimación activa para efectuar reclamos.

Cuando se analiza esta figura, no debe perderse de vista que no hay mejor estímulo para mejorar las inversiones del sector

productivo que el enojo bien encausado de los propios clientes. Porque a medida que los reclamos se multiplican y las indemnizaciones incrementan su valor los productores, humanos, demasiado humanos, disponen más recursos económicos y técnicos para mejorar la calidad, la seguridad y la idoneidad de los bienes y servicios que mercadean. Más o menos así funcionan las cosas en los países más avanzados que el nuestro; y no hay nada que indique que la receta no sea aplicable a la Argentina que tanto atraso tiene en tantas las materias sociales y académicas.

En un trabajo anterior hemos manifestado que “Nadie va a invertir en hacer productos más seguros si el precio de esa inversión supera el valor de la pena que deberá pagar si ocurre un evento dañoso.”(5) La misma lógica puede aplicarse, no ya al monto de los resarcimientos, sino a la cantidad de pleitos que llegan a tribunales. Si el universo de sujetos legitimados para reclamar aumenta, la eventualidad de tener que soportar más juicios presiona – saludablemente - para que el sector productivo invierta más en la seguridad y la calidad de sus productos y, a la postre, disminuya la litigiosidad. En definitiva lo que proponemos no es tan difícil de entender; la idea es que haya menos juicios no porque se promueva el acceso a la justicia de los quejosos sino porque mejora la calidad de los bienes y servicios que se mercadean.

Pero para que eso ocurra hay que dotar de poder a los verdaderos protagonistas del mercado: los consumidores. La derogación o limitación de la figura del bystander, en última instancia, perjudica a toda la sociedad de consumo. Se trata de un recurso regresivo que solamente la burocracia (demasiado poderosa) industrial de un país subdesarrollado puede sostener con tanto ahínco. Para colmo, esos lobbistas siempre encuentran los oídos listos de

académicos cuidadosamente disfrazados de progresistas jurídicos.-

b) El artículo 1° LDC luego de la reforma de la ley 26.994. Lagigantesca maquinaria del lobby empresario. Luego de la reforma de la ley 26.994, el segundo párrafo del artículo 1° LDC quedó redactado así: Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Es decir: la gigantesca maquinaria del lobby empresario -en complicidad con el progresismo apócrifo y regresivo de cierta escuela - borró de un plumazo la última oración del artículo 1° LDC que incluía, como sujeto consumidor, al tercero expuesto a una relación de consumo. Fin del bystander.

¿Fin del bystander?

c) El artículo 1.094 CCC. A todo evento, y previendo que al terminar este trabajo la cuestión del bystander quedará exactamente igual de insegura, vale la pena recordar que las dudas en materia de derecho del consumidor tienen un importante valor: ellas siempre vuelcan la solución hacia lado más favorable al consumidor. Ese principio general, que originariamente estaba contenido en el artículo 3° LDC (esa norma sigue vigente), hoy es reforzado por el artículo 1.094 CCC. Esta norma dispone: Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Por lo tanto, si en un caso concreto existiera la más mínima duda acerca de si un sujeto es un tercero o un consumidor se deberá optar por asignarle la condición de usuario. Frente a la incertidumbre, prevalece la idea de relación de consumo y tutela del sujeto consumidor. La idea de protección del sujeto es más próxima a la Constitución Nacional que aquella que la restringe o anula; por eso la duda –fáctica o normativa - siempre vuelve al sujeto convertida en un derecho efectivo: “El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aún derogatorios de normas generales (6).”

En efecto, el Derecho del consumidor ha logrado una centralidad protagónica dentro de nuestro ordenamiento jurídico: “El dictado de la normativa de protección al consumidor ha virado el punto de análisis de la normativa involucrada; en efecto, así como se predicaba que la ley 24.240 se inscribía en el contexto de normas destinadas a salvaguardar el funcionamiento del mercado, hoy es sustentable la idea que el centro de la regulación del mercado lo constituye el derecho del consumidor y los principios consagrados en su normativa.”(7).

El nuevo código Civil y Comercial, a pesar de algunos yerros, asume esa centralidad del derecho del consumidor. Por eso me permito manifestar que la eliminación del bystander, o su confusa limitación, contraviene esa tendencia tan saludable.

4. Las extrañas injerencias del Código Civil y Comercial en el derecho del consumidor.

Sin que haya una buena razón que lo justifique ni otra mejor que lo impida, el Código Civil y Comercial incorpora en su plexo normativo contenidos propios de la ley de defensa del consumidor.

Tengo opinión negativa sobre esa promiscuidad normativa. Entiendo que era mejor modificar la ley especial manteniendo su absoluta autonomía, o bien derogarla para incluirla en el nuevo código. Me parece que mantener dos sistemas inevitablemente ocasionará dudas, confusiones y choques. Pero no tengo más sustento para esta opinión que mi creencia –quizás algo antigua– de que un sistema normativo único es menos ambiguo que uno doble y repleto de normas que no son exactamente iguales ni completamente distintas.

En la aversión que me causa esta convivencia de sistemas normativos se cuelan una o dos cuestiones colaterales, y quizás cargadas de cierto prejuicio. En primer lugar, nuestra doctrina tiene un goloso favoritismo por debatir banalidades en forma interminable (recordamos, a modo de ejemplo, que estuvimos 50 años discutiendo la intrascendente cuestión - que dividía las aguas en el medio de la gran sequía académica - acerca de la responsabilidad contractual o extracontractual). En segundo lugar, la justicia que supimos conseguir para resolver nuestra propia convivencia pacífica no deja de asombrarnos con una lentitud que imita a la eternidad. Tanto la banalidad como la lentitud extrema pueden tener efectos muy nocivos, haciendo que un tema menor tarde años en resolverse.

Recuerdo al lector que algo muy parecido a eso (el choque entre trivialidad y desidia) ocurrió con la increíble (¿interminable?)

discusión acerca de la legitimación activa de las asociaciones de defensa del consumidor para actuar en juicios de clase. Ese tema, que ya tiene cerca de 10 años de estéril discusión pasó por todas las instancias judiciales sin que a la fecha la cuestión sea certera. Ello, a pesar de que el artículo 55 LDC resuelve la cuestión de manera positiva.

En fin. Ojalá me equivoque y las confusiones que me inquietan no lleguen a existir; y si ocurren, que sean fácilmente superadas por la doctrina, la jurisprudencia y los abogados que litigan sosteniendo posiciones interinas, pero favorables o contrarias a la figura que analizamos.

Pero más allá de esa opinión personal, lo cierto es que los legisladores del nuevo Cód. Civ y Com han optado por la solución opuesta.

Según la Comisión Redactora del flamante código, al incluir los aspectos protectorios de la ley especial (24.240) en la ley general (26.994) esos principios iban a resultar reforzados para quedar a salvo de una eventual reforma regresiva. En pocas palabras, el Código Civil y Comercial se ocupa de cuestiones propias de las leyes especiales para, según dicen sus creadores, asegurar los beneficios de la ley específica impidiendo que una reforma furtiva los extinga en una de esas tertulias trasnochadas a que nos tiene acostumbrado el Congreso de la Nación. El argumento, debo decirlo, es raro porque lo usual es que las leyes especiales cubran algunos aspectos específicos que, justamente por esa condición, exceden las posibilidades de la ley general.

No obstante, quizás sea posible la excepción que nos proponen los juristas de la Comisión Redactora. Y, repito, no hay

motivo para dudar de una afirmación que viene enunciada por las personas más prestigiosas de nuestra escuela. Veamos: Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes: a) En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b) Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela. c) También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d) En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. (8)

En resumidas cuentas, la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial nos indica que, más allá de la ley especial del consumidor, se incluirán en el código general protecciones mínimas que actuarán como un refuerzo de las defensas establecidas en la ley especial. De esta forma, se propone crear una suerte de escudo o piso duro de tutela que no puede ser perforado por ninguna otra ley. Los derechos del consumidor adquieren entonces una tutela mínima que podrá ser mejorada y nunca empeorada por las leyes especiales.

No está mal la reflexión. Pero me parece que tampoco representa un gran aporte a los derechos del consumidor. El Código Civil y Comercial, como otras leyes ordinarias, puede ser modificado total o parcialmente por otra ley; lo que hoy es un principio de gran novedad e importancia mañana puede convertirse en una norma oxidada que ya no sirve y que se modifica por otra de sentido opuesto. El único escudo de acero que tienen los derechos del consumidor es su pertenencia a la exclusiva familia de los derechos constitucionales; y esa jerarquía le viene dada por el artículo 42 CN y no por una ley, que por más extensa e importante que sea, no deja de ser una ley ordinaria dentro del sistema normativo.

En ese mismo orden de ideas, Aída Kemelmajer de Carlucci señala: “Otras veces se decidió traer sólo el llamado núcleo duro, describir el piso mínimo de protección relativo a las materias esenciales, sin perjuicio de la mayor que la ley especial pueda contener. Así, por ejemplo, convencidos de que un Código del siglo XXI no puede silenciar al consumidor, un sujeto de la cotidianidad, se reguló aquello que la doctrina más prestigiosa entiende que integra ese núcleo duro, o sea, las normas que tienen por finalidad mejorar las reglas sobre el consentimiento, y eliminar o disminuir los desequilibrios.”(9)

Comparto el contenido de la cita; es impensable un ordenamiento jurídico de nuestros días que, aferrado a reglas decimonónicas, le dé la espalda al consumidor de bienes y servicios. Pero, no obstante, lamento que el bystander se haya hundido en el piso blando de una reforma que lo abandonó en la dogmática positiva, a pesar de no abandonar los discursos encendidos de progresismos un poco inverosímiles.

5. El bystander en el nuevo Código Civil y Comercial.

a) Introducción. Lo dicho en el párrafo que antecede nos permite meternos de lleno en el tratamiento que el nuevo código hace sobre el derecho del consumidor en general, y en particular sobre la figura del bystander o tercero expuesto a la relación de consumo. No debemos olvidar que en el Libro III, Título III, Capítulos 1 a 4, artículos 1092 a 1122 el Código Civil y Comercial se dedica a legislar sobre contratos de consumo. Ello nos lleva a examinar detenidamente una serie de disposiciones y, fundamentalmente, lo explicado por la Comisión Redactora.

Al referirse al contrato de consumo, la Comisión Redactora manifiesta: Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De

todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable. (10)

Vamos a analizar los aspectos más relevantes de estas reflexiones que son, ni más ni menos, los antecedentes más directos que hay sobre las nuevas normas.-

b) La definición de consumidor y los recursos idiomáticos. En primer lugar la Comisión Redactora explica el artículo el artículo 1º LDC, luego de la modificación de la ley 26.361, había asumido una posición excesivamente amplia frente a la noción de consumidor. Para la Comisión Redactora esa amplitud improcedente se debió a una traducción inadecuada del artículo 29 del Código de del Consumidor de Brasil.

Es decir, luego de varios años de vigencia de la mencionada ley nos venimos a enterar que todo el revuelo que había ocasionado la incorporación a del 'bystander' a nuestro ordenamiento se debió, no a su concepción revolucionaria de la teoría contractual clásica, sino a un defecto de traducción del idioma portugués.

El argumento, además de original, es insólito y de una notable debilidad de contenido. En lo personal, siempre he defendido las virtudes teóricas que el bystander aportaba a nuestro sistema, sobre todo en el derecho del consumidor. Pero además, confieso sin pena ni reproche que utilicé esa figura en mi trajín abogadil, y también cuando me desempeñé como funcionario de la Dirección General de Defensa del Consumidor de la Provincia de Chubut. También expliqué con entusiasmo sus bondades durante mi labor docente en distintas universidades y foros nacionales. Hice todo eso, lector, sabiendo

apenas unas pocas palabras del bello idioma portugués. Pero estimo que mi criterio no se hubiera modificado por conocer a fondo ese idioma. No creo que haya existido entre el bystander y el derecho nacional un malentendido idiomático.

El artículo 1° LDC, en su versión más amplia era una norma buena; su intención era lograr que un mayor número de personas se vieran amparadas por una ley que protege a un sujeto colectivo que es universal, pero sumamente vulnerable: el usuario y consumidor de bienes y servicios. Por más que se haya querido presentar una exageración normativa, esa norma legal surge dentro de un contexto socioeconómico que exige una protección de sentido totalizador. En una economía a gran escala, todos somos consumidores. Hoy día el derecho del consumidor es un estatuto de ciudadanía del mercado. (11) Ni más ni menos: el artículo 1° LDC protegía a todos los ciudadanos del mercado expuestos al consumo y sus vicisitudes.

La finalidad del artículo ahora modificado era proteger a víctimas ajenas a una contratación pero causalmente vinculadas con un hecho que les ocasionó un daño. Se trataba de una norma verdaderamente revolucionaria y progresista que le traía aire bueno a nuestra sistemática. El jurista Lorenzetti, tiempo atrás, explicaba con cierto entusiasmo las bondades del bystander: “Debe interpretarse que se trata de personas que están expuestas, sin tener la finalidad de consumidor, incluyendo a las víctimas de un daño derivado de productos, de publicidades, de prácticas comerciales. En estos casos la relación de consumo es un hecho lícito o ilícito que está vinculado causalmente con un daño sufrido por una persona. De este modo se acepta una figura similar al bystander, como se lo conoce en el Derecho anglosajón.”(12)

El bystander es una persona que resulta ser víctima de una relación de consumo ajena pero causalmente vinculada al daño que sufre; esa es la clave de la figura: la relación causal entre el daño padecido por la víctima y el hecho dañoso. Desgraciadamente los reformistas dejaron de lado una regla jurídica básica: lo único importante a la hora de encender responsabilidades y repartir indemnizaciones es la vinculación causal entre el hecho –lícito o ilícito - dañoso y el daño padecido por la víctima. López Mesa enseña: “La relación de causalidad, o nexo causal entre la conducta del responsable y el daño causado, es la base de la responsabilidad civil. Si no se puede trazar un nexo de causalidad adecuada entre la antedicha conducta y el daño acreditado, no queda más que la resignación cristiana de la víctima, pues ella no puede obtener resarcimiento de quien no se halla unido al daño por un nexo adecuado de causalidad.”(13)

El bystander, por más amplio que el concepto resultara para algunos juristas, es un sujeto que había padecido un daño antijurídico, y causalmente vinculado con la persona a quien dirigía su reclamo. Es decir: la existencia de un bystander presupone, en simultáneo, la de un proveedor, y la de una infracción típica (antijuridicidad), y la de un daño; finalmente, supone también la existencia de una vinculación causal adecuada. Si falta alguna de estas piezas podrá haber bystander pero no habrá derecho a que ese sujeto reclame nada. Estas cuestiones eran, por cierto, mucho más importantes que la extensión de la figura, o sus parecidos con otras figuras extranjeras.

c) Las correcciones idiomáticas y los fallidos conceptuales. Ya convertida en una academia de lenguas vivas la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial nos explica que en Brasil, la figura del bystander se utiliza como una noción referida a las prácticas comerciales abusivas concretas y no como una noción general.

Ese tratamiento general era, según la comisión, el principal defecto de nuestro artículo 1° LDC. Por eso dice: Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable...” Por el contrario, nuestro artículo 1° LDC no contiene esa limitación expresa haciendo que la norma sea insostenible: a criterio de los legisladores: “En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud...”

Francamente la explicación dada no es comprensible. Porque por más que el artículo 1° LDC no lo dijera está claro que se refería a un sujeto que había padecido una práctica abusiva o antijurídica causalmente vinculada con el daño sufrido en su persona. Seamos claros: nadie puede reclamar por un daño que no esté causalmente emparentado con un hecho. El daño padecido por causa justa o jurídica no es reparable ni en español, ni en inglés ni en portugués.

No es este un problema de amplitud de conceptos, sino de la legitimidad que las personas tienen para ser titulares de un reclamo. Y por más amplio que sea el concepto de consumidor no incluye a sujetos expuestos a prácticas que no sean abusivas o antijurídicas. En pocas palabras: sin antijuridicidad, no hay responsabilidad. Desde la escuela más clásica, López Mesa nos aporta un poco de claridad. Veamos: “La responsabilidad civil constituye una obligación de segundo orden; ello implica que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente cargo de un sujeto que luego, si dicho incumplimiento ha sido la causa adecuada del daño, es responsabilizado por él.”(14)

La limitación contenida en el código extranjero es de una obviedad tan notoria que su inclusión en una norma es abundante. La modificación mutiladora que sufrió el artículo 1° LDC no tuvo absolutamente nada que ver con una cuestión idiomática. Avancemos. Por el contrario, los verdaderos motivos de la nueva traducción del bystander son también aportados por la Comisión Redactora cuando dice: Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. (15)

En efecto, todo el melodrama montado alrededor del bystander tiene una única explicación: el instituto perjudicaba al sector integrado por las superpoderosas compañías de seguros. La modificación de la norma no se debió a un defecto idiomático sino a la conveniencia de ese grupo empresario. Y como no podía ser de otra manera, la pujante escuela de juristas progresistas-regresivos una vez más le prestó el oído a los lobbistas de ese equipo; y los hizo sin dejar de posar en fotos sonrientes, en el medio de discursos bonitos que despilfarran progresismos sin sustancia. Finalmente vino la esforzada traducción para que todos entendamos que la palabra lobby significa impunidad.

Y ya que estamos hablando de claridad idiomática, no voy a privarme de decir que me parece absolutamente razonable y justo que los peatones, víctimas de accidentes de tránsito, tengan acción directa contra las compañías aseguradoras. Pero el punto no radica en la extensión del término consumidor, sino en que atropellar a una persona es un acto ilícito, dañoso y antijurídico que legitima la reacción jurídica de la víctima (contra el responsable y contra su aseguradora).

El artículo 1716 CCC dispone: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código”. La fuente de la obligación indemnizatoria no surge de la condición de usuario sino de esta norma que les da a las víctimas la legitimación suficiente y necesaria para que obtengan una reparación. Y, sin dudas, la mejor chance de obtener una reparación adecuada consiste en demandar de manera directa a la compañía de seguros.

En sentido similar se expresa Federico Moeckens: “Es sabido que en Argentina, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se reconoce acción directa al damnificado en el contrato de seguro contra la aseguradora, quien sólo puede hacerla comparecer a juicio catándola en garantía, según lo previsto en el artículo 118 de la Ley de Seguros. A la luz de los nuevos enunciados de la ley 26.361 el tercero beneficiario y el damnificado, sin formar parte de la relación de consumo que se concibe originariamente entre el asegurado y quien contrató los servicios de cobertura de riesgos, se encuentran alcanzados y amparados por el microsistema protectorio del consumidor de seguros, y por ende merecen idéntica tutela por parte del Estatuto del Consumidor.”(16)

Por otra parte, no debemos olvidar que el titular responsable tomó ese seguro (que en el caso del seguro automotor es obligatorio por imperio de la ley 24.449) para proteger a las eventuales víctimas que, desde luego, siempre serán terceros ajenos a esa contratación. Pero esa condición no les debería impedir el ejercicio de sus derechos y reclamar directamente contra la compañía aseguradora. Y no vale la pena disimular los motivos por los cuales es preferible demandar a la compañía de seguros: el patrimonio de una aseguradora es muchísimo más suculento que el del responsable. Por otra parte, luego de saciar a

la víctima la compañía podría iniciar contra su cliente las acciones regresivas que estime más justas.

d) La resurrección de un bystander anémico. Ahora sí veamos en qué quedó la figura del bystander luego de las correcciones idiomáticas que le hizo la ley 26.994. Para eso hay que analizar algunas normas contenidas dentro del Libro III, Título III, Capítulo 2 del CCC (artículos 1096 a 1.103).

En primer lugar vamos a examinar el artículo 1096 CCC que dispone: Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

La norma establece que los sujetos protegidos de las prácticas abusivas son: “todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no...” Sinceramente no encuentro en esta fórmula ninguna diferencia conceptual con lo que proponía el viejo artículo 1° LDC cuando establecía era consumidor quien: “... de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo...”.

Decir todas las personas (indeterminadas) expuestas a las prácticas comerciales es exactamente lo mismo que decir cualquier persona expuesta a una relación de consumo. No creo que el esfuerzo de traducción dispuesto por el legislador haya dado los resultados previstos. El artículo 1.096 CCC se formula incluyendo al mismo universo de personas que incluía el artículo 1° LDC. La diferencia, si existe alguna, hay que buscarla no en el universo de sujetos contenidos sino en las condiciones objetivas requeridas para que ese grupo de personas pueda ser titular de la acción.

En ese orden, el artículo 1.096 CCC dice que los expuestos a la relación de consumo tendrán acción si son afectados por informaciones insuficientes o publicidades engañosas. Esto significa que habrá bystander o tercero expuesto a la relación de consumo siempre que la cuestión involucre informaciones defectuosas o publicidades engañosas.

El origen de esta restricción sí está en Derecho brasileño cuyo artículo 29 del Código de Defensa de los Consumidores protege a sujetos ajenos a una contratación. Lorenzetti, comentando ese artículo señala: “El consumidor está en contacto con la publicidad abusiva, engañosa, fraudulenta; está sometido a ofertas condicionan la compra de un producto a otra, puede ser afectado por situaciones monopólicas, puede ser tratado discriminatoriamente, puede existir omisión de información. En estos casos no hay contrato, sino un trato previo, una especie de responsabilidad precontractual ampliada ostensiblemente.”(17)

En verdad, en los casos mencionados no hay una construcción jurídica que involucre a un tercero expuesto; sencillamente hay una serie de infracciones a la ley de defensa del consumidor, tales como información defectuosa, ofertas falsas, trato discriminatorio, publicidades engañosas, etc. Lo que Lorenzetti describe no es un sujeto de derecho sino tipos objetivos de antijuridicidad.

Por algún motivo se quiso limitar la figura del bystander a las situaciones previstas en los artículos 1.096 a 1.103 del CCC, dejando de lado todo lo que hasta ahora habíamos andado en materia de protección a los terceros expuestos. Francamente no se entiende porque se admite una protección contra una publicidad engañosa de un desinfectante para baños y se le restringe tutela a quien es

atropellado por un automóvil. Definitivamente, no creo que ese vaivén haya ocurrido por un malentendido lingüístico entre los idiomas portugués y español. Creo, más vale, que prevaleció el idioma universal que hablan las grandes corporaciones: la rentabilidad, aún en perjuicio de miles de personas.

En síntesis, bajo el nuevo sistema normativo el bystander existe pero de manera mucho más limitada que la prevista en el modificado artículo 1° LDC. En la nueva dogmática, el tercero expuesto a las prácticas comerciales tendrá acción legal si hubo una información defectuosa en la oferta de un bien o servicio. Y lo mismo cabe decirse con relación a las publicidades engañosas.

El bystander, como sujeto indeterminado y ajeno a la contratación directa de bienes y servicios, sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento aunque su potencia haya sido atenuada. Los planteos jurídicos que ocurrirán en tribunales, y los fallos que de ellos se ocupen serán los encargados de marcar los límites de esta figura tan difícil de encuadrar.

6. La jurisprudencia.

A pesar de los graves problemas que los reformistas intuyeron al momento de modificar el art. 1° LDC la jurisprudencia había recibido positivamente la figura del bystander, consolidando lentamente una doctrina judicial prudente y ajustada a nuestro medio. Veamos, al pie de página, algunos casos recientes. (18)

7. Las terminaciones.

Toca ahora poner en limpio las ideas presentadas en este trabajo para que el lector pueda encontrar en ellas alguna utilidad.

a) La figura jurídica del bystander es de origen sajón. Se trata de un tercero expuesto a una situación dañosa de la que resulta formalmente ajeno. El bystander rompe la regla del efecto relativo de los contratos.

b) El bystander apareció en nuestro medio en el año 2008, cuando la ley 26.361 modificó el artículo 1° de la ley 24.240.

c) La figura, lentamente, se fue abriendo paso en la doctrina y la jurisprudencia. En la actualidad, su aceptación en la jurisprudencia estaba consolidada.

d) La ley 26.994 vuelve a modificar el art. 1° LDC y deroga la figura del tercero expuesto o bystander. El motivo de la exclusión es la excesiva amplitud que le imponía a la noción de consumidor.

e) A nuestro modo de ver, el motivo real de la exclusión fue el poderoso lobby del sector empresario, particularmente las aseguradoras, que advirtieron que la aceptación del bystander comprometía una importante rentabilidad que iban a perder.

f) El artículo 1.096 CCC, propone una fórmula limitada de bystander. El tercero expuesto deja de ser un concepto genérico y limita su existencia a las prácticas comerciales abusivas, tales como informaciones defectuosas y publicidades engañosas. La fuente de inspiración de esta norma es el artículo 29 del Código de Defensas del Consumidor del Brasil.

g) La nueva dogmática implica un fuerte retroceso para los derechos del consumidor.

h) La nueva dogmática tiene un seguro ganador: ganaron los seguros.

Referencias Bibliográficas

- (1) Juan M. Farina. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2009, pg. 21.
- (2) Juan M. Farina. Defensa del consumidor y del usuario. Ed. Astrea, año 2009, pg. 21
- (3) Ver Fulvio Santarelli en Picasso – Vázquez Ferreyra. Ley Defensa del Consumidor, T 1. Ed. La Ley, año 2013, pg. 53.
- (4) Dante Rusconi. Manual de Derecho del Consumidor. Ed. Abeledo Perrot, año 2009, página 111.
- (5) Fernando E. Shina. Daños al consumidor. Ed. Astrea, año 2014, pg. 163.
- (6) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, pg. 50.
- (7) Ver Fulvio Santarelli en Picasso – Vázquez Ferreyra. Ley Defensa del Consumidor, T 1. Ed. La Ley, año 2013, pg. 57.
- (8) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, página 317.
- (9) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, pg. 5.
- (10) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, página 318.
- (11) Ver Gustavo Caramelo en Picasso – Vázquez Ferreyra. Ley Defensa del Consumidor, T III. Ed. La Ley, año 2013, pg. 69.
- (12) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, pg. 127.
- (13) Marcelo J. López Mesa. Presupuestos de la responsabilidad civil. Ed. Astrea, año 2013, pg. 375.
- (14) Marcelo J. López Mesa. Presupuestos de la responsabilidad civil. Ed. Astrea, año 2013, pg. 304.
- (15) Código Civil y Comercial concordado. Ed. Astrea, año 2015, pg. 318.

(16) Ver Federico R. Moykens en Picasso – Vázquez Ferreyra. Ley Defensa del Consumidor, T II. Ed. La Ley, año 2013, pg. 482

(17) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores. Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2009, pg. 99.

(18) 1) A. D. d. V c/ Banco Cetelem Argentina S.A. Cám. Fed. Apelac. Cuarta Circunscripción. Córdoba- SALA A – 23/06/2015.(...) la Ley 24.240 no sólo protege al consumidor, sino que también es abarcativa también del denominado “bystander”, esto es protege también a quien no es parte del acto de consumo, que ni siquiera adquirió o utilizó el bien como destinatario final, pero que está expuesto a las consecuencias de las operaciones de consumo, tal como ha sucedido en autos con la actora, quien como consecuencia de la operatoria llevada a cabo por el Banco Cetelem S.A. se vio perjudicada en sus derechos.” Citar: elDial.com - AA9014.

2) Expte. 76.619/2007 - “G., D. E. F. c/ V. S J O. CNCIV – SALA H 09/05/2011. “La ley 26.361 amplió el concepto de consumidor y lo ha extendido a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (art. 1º, ley 26.361). A raíz de ello, resulta totalmente inaplicable el concepto de efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199 del C. Civil) respecto de las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo (conf. Sobrino, W. A. R., "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", La Ley del 24/7/08)...La víctima pasa a ser lo que se conoce en doctrina como “bystander” y ello trae aparejado que se encuentre protegida por los derechos que el estatuto del consumidor le acuerda. Citar: elDial.com - AA6D16.

3) A.D.O. c/ A.R.F. CNCIV – SALA L – 30/06/2010.“La ley 24.240 modificada por la ley 26.361 ilumina el camino con más claridad. La importante reforma introduce la figura del “bystander”, el dañado colateral o adyacente a una relación de consumo. Ahora es consumidor o usuario quien, de cualquier manera, está expuesto a una relación de consumo (art. 1). De allí que cualquier dañado por producto o servicio calificable como de consumo está beneficiado, de ahora en más sin lugar a dudas, con la protección legal. Esto viene a

confirmar que son consumidores en los términos de la ley 24.240 quienes hayan sido dañados en su persona o bienes por accidentes de tránsito en que resulte responsable el autotransporte público de pasajeros. Argumento adicional para legitimar pasivamente a la aseguradora (art. 40).”(Del voto de la mayoría). Citar: elDial.com - AA6233.

4) M., J. J. c/ Catedral Alta Patagonia CNCIV – SALA L – 20/04/2010. A los efectos de la ley 24.240 no es consumidor sólo quien paga por un servicio o producto, o quien lo usa (caso de la actora); también lo es el dañado indirecto o colateral, el “bystander”, meramente expuesto a una relación de consumo. En situación que guarda similitud, esta Sala ha resuelto que la obligación de seguridad tiene como acreedor no sólo a quien participa de un entretenimiento o juego (en locales o patios de juego de un centro comercial) sino también a cualquier persona meramente asistente o acompañante. Citar: elDial.com - AA6018.

La estipulación a favor de tercero: el art. 1027 CCyC

La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC211D

[Consultado el: 30/09/2021]

a) Introducción. La Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial hizo un esforzado discurso para explicar porqué se proponía descabezar uno de los institutos jurídicos más innovadores que la ley 26.361 les dio a los consumidores de nuestro país.

Algunas normas tienen efectos sustancialmente negativos ya que, en mi opinión, queda desvirtuada la figura del bystander, que fue uno de los mejores derechos que el ordenamiento jurídico les había concedido a usuarios y consumidores de la Argentina. Por otro lado, esto último claramente beneficia a las compañías aseguradoras. Hecha esta introducción propongo que analicemos la reflexión mutilante que la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial formuló cuando le tocó explicar porqué había que extirpar al bystander de nuestra ley positiva vigente:

Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro

celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable (1)

En resumidas cuentas, para el legislador el bystander debía desaparecer de la Argentina por los siguientes motivos:

i) Su inclusión en el art. 1 LDC se debió, según nos dice la Comisión, a una defectuosa traducción del art. 29 del estatuto de defensa del consumidor de Brasil. Nosotros, por el contrario, pensamos que era una norma que interpretaba como pocas la protección constitucional hacia los consumidores, al tiempo que limitaba el accionar habitualmente impune de las compañías de seguros

ii) Para la Comisión Redactora es desajustado pensar, como pensamos muchos de nosotros, que el peatón víctima de un accidente de tránsito debe tener acción directa contra las compañías de seguros. Para nosotros es el hecho más natural y justo. Lo cierto es que no hay ningún motivo que justifique que un peatón no tenga acción directa contra quien lo dañó. Sobre todo pensando que el seguro de responsabilidad civil en favor de los terceros es obligatorio porque así lo dispone el art. 68 Primer párrafo de la ley 24.449: "...Seguro Obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no...."

Más allá de la opinión divergente, nos parece interesante incluir en este debate un interrogatorio que incluya algunas preguntas omitidas. En primer lugar, cabe preguntarse ¿por qué motivo estaría mal que un peatón atropellado en un accidente dirija su reclamo directamente contra la compañía que asegura ese siniestro? El seguro de responsabilidad civil obligatorio está dirigido a proteger a esa víctima. La razón de ser de ese seguro es que la víctima cobre las indemnizaciones correspondientes al daño que padeció. En segundo lugar, ¿qué tiene de malo o de indignante pensar que es justo que el peatón demande directamente a la compañía de seguros y omita la absurda acción de citación y garantía. ¿Cuál sería el conflicto ético o normativo de permitir que los seguros paguen alguna vez lo que están obligados a pagar?

Desgraciadamente la Comisión Redactora, además de mostrar su indignación contra el uso que algunos hicimos del bystander, no aportó ninguna idea sustantiva para justificar su exclusión. No no hay ninguna idea subyacente, es sólo la repetida voluntad de beneficiar (ignoramos los motivos, si es que hay alguno) a uno de los grupos más reconcentrados y poderosos de la economía mundial

b) Arruinando la fiesta de los seguros. No obstante lo dicho en el párrafo introductorio vamos a presentar una idea optimista para toda la sociedad y con ella vamos a tratar de opacar parcialmente la ofrenda que nuestro legislador le hizo a la corporación de los seguros. Vamos a presentar una interpretación original, y esperemos eficiente, del art. 1027 del CCyC. Esa norma, a nuestro modo de ver, permite la temida acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las compañías de seguros.-

c) El art. 1027 CCyC y la teoría general del contrato. La norma que vamos a examinar viene a ocupar el lugar del viejo art. 504

del Código Civil derogado. Sin embargo, la redacción y los alcances que acá vamos a proyectar sobre el art. 1027 son mucho más profundos que los contenidos en el viejo artículo.-

En primer lugar, difieren ambas normas con relación a su ubicación sistemática dentro del cuerpo legal. Vélez Sarsfield optó por poner la estipulación en favor de terceros en la parte general de las obligaciones. En la dogmática vigente, el instituto fue dispuesto dentro de la teoría general del contrato. (3) La nueva organización sistemática nos parece más acertada porque la estipulación está contenida dentro de un contrato; el acuerdo es la fuente de la obligación exigible por el tercero beneficiario. La estipulación en favor de un tercero es, necesariamente, una relación contractual.-

En nuestra opinión, el nuevo artículo tiene derivaciones muy importantes, sobre todo con relación al siempre controvertido contrato de seguros. Por eso, lo primero que vamos a sostener es que lo establecido en el art. 1027 es una regla indisponible que no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes, ni por la renuncia impuesta en perjuicio del beneficiario de los derechos contenidos en la norma. Se trata de una verdadera estipulación a favor de un tercero que será incorporada a un contrato respecto del cual era completamente ajeno.-

d) Análisis e interpretación del texto legal. Primero veamos el texto legal completo.-

Art. 1027. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la

aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.-

En esencia la norma regula la introducción de terceros (beneficiarios) dentro de un contrato celebrado entre personas sin ninguna vinculación jurídica con esos terceros. El art. 1027 CCyC constituye la ruptura más profunda que la Teoría General del Contrato hace con una de sus reglas favoritas: el efecto relativo de los contratos. Note el lector que si el contrato no se agota en esa relatividad que vincula al deudor con el acreedor, se amenaza a otro principio de mayor jerarquía. Así, el art. 1027 desafía la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad. La estipulación en favor de terceros asocia jurídicamente al deudor, al acreedor, y al beneficiario indeterminado que no tuvo ninguna participación en la formación del acuerdo.-

El artículo que analizamos se refiere a tres sujetos; a saber: el beneficiario; el promitente; y el estipulante. Vamos a tratar de examinar todos los aspectos derivados de esta norma. Para ello vamos a trabajar las hipótesis tomando como ejemplo un contrato de seguro automotor.-

1) ¿Quién es el beneficiario? El párrafo primero de la norma se refiere al beneficiario determinado o determinable. Se trata de una persona designada previamente por el promitente o por una persona indeterminada pero que en el futuro será determinada (el sujeto

indeterminado, pero determinable). Es este último sujeto el que más nos importa destacar. Porque esa persona indeterminada no es otro que el peatón anónimo que resultó accidentado en un siniestro automotor. En el momento de sufrir el accidente ese transeúnte desconocido se convierte en el sujeto determinado y beneficiario del contrato. El caminante callejero es, sin dudas, uno de los sujetos más destacados que resultan incorporados al contrato de seguros conforme surge de la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC. La doctrina, aún de manera un poco asustadiza, acepta esta situación que anticipamos que va a cambiar en forma rotunda las relaciones contractuales referidas al seguro automotor. (3)

En otras palabras: las víctimas de accidentes de tránsito a partir de la vigencia de esta norma (1° de agosto de 2015) serán consideradas parte del contrato entre el asegurado y la empresa aseguradora. Esta novedosa situación va alterar definitivamente las relaciones entre víctimas de accidentes automovilísticos y las compañías de seguros. Conforme la interpretación que hacemos de este artículo 1027 CCyC, las empresas aseguradoras podrán ser demandadas directamente por la víctimas del siniestro sin tener que pasar por el engorroso e inexplicable sistema procesal de la citación prevista en los artículos 90 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.-

2) ¿Quién es el promitente? El artículo 1027 se refiere a este sujeto diciendo que es quien cede al beneficiario los derechos que había acordado con el estipulante. Es decir: ninguna duda cabe que, en el ejemplo que estamos analizando, el promitente es el titular de una póliza de seguro automotor. Este sujeto, en los términos de la norma, es el único que puede ceder esos derechos al beneficiario.-

3) ¿Quién es el estipulante? Es el sujeto con quien el promitente ha celebrado el contrato de base del cual el tercero resulta ser beneficiario. Sin dudas, este sujeto debe ser identificado como la compañía de seguros.-

4) ¿Qué ventajas trae el artículo 1027 en favor del beneficiario? La actual redacción del art. 1027 CCyC permite una acción directa del beneficiario en contra del estipulante.-

5) ¿Cómo actúa la aceptación y el rechazo del beneficiario? Conforme lo establecido por la norma, el beneficiario puede aceptar o rechazar el beneficio asignado en la norma. Para entender cómo funciona la aceptación y el rechazo debemos considerar que el sujeto beneficiado puede ser determinado (identificado desde la celebración del contrato) o indeterminado aunque determinable (en este caso, será determinado con posterioridad a la celebración del contrato).-

El beneficiario determinable es la eventual víctima del siniestro quien, a partir de ese hecho, dejará de ser un sujeto indeterminado para convertirse en el beneficiario de un contrato dado entre el promitente y estipulante. Esta secuencia lógica y cronológica implica que la víctima del siniestro no podrá ni aceptar ni rechazar este beneficio hasta que no se convierta en el titular del derecho. O sea: únicamente podrá repudiar la cesión luego de sufrido el accidente que lo convierte en beneficiario del derecho.-

Lo cierto es que sería muy sospechoso que la víctima de un accidente decida no aceptar un beneficio que le permita accionar de manera directa contra una empresa aseguradora hipersolvente. En segundo término, si por algún motivo inexplicable la víctima del accidente decide renunciar al beneficio contenido en el art. 1027 CCyC, esa abdicación no sería eficaz porque - sin dudas - sería

violatoria de los artículos 988, 1117, 1094 y demás concordantes del Código Civil y Comercial, y del artículo 3 y 37 y demás concordantes de la ley 24.240. Dicho en otras palabras: cualquier renuncia al derecho de convertirse en cesionario de los beneficios establecidos en el art. 1.027 CCyC sería abusiva y nula.-

6) ¿Cómo funciona la revocación del estipulante? Uno de los párrafos del artículo 1027 CCyC dice: “El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitentes si éste tiene interés en que sea mantenida.” Esta parte del artículo pone en juego dos cuestiones. Primero, el estipulante no puede recibir la aceptación antes de que ocurra el siniestro que transforma al sujeto indeterminado en beneficiario. En segundo lugar, para revocar la estipulación deberá contar con la aceptación del promitente (cuando éste tenga interés en mantener el beneficio). Esto significa que la revocación está sujeta a una serie de condiciones:

(i) El estipulante debe ejercer la revocación con posterioridad al suceso dañoso. En el ejemplo propuesto, la compañía de seguros debería revocar el beneficio en el mismo momento que debe hacerse cargo de los gastos que supone ese mismo beneficio;

(ii) En segundo término, para que la revocación sea eficaz se requiere que la víctima del suceso no acepte el beneficio luego de sufrir el accidente. Sería, pensamos, una renuncia inverosímil, o forzada; nadie espontáneamente renuncia a la posibilidad de demandar a un deudor solvente. Por tanto, sería una renuncia abusiva y viciada de nulidad.-

(iii) Que el promitente, luego de ocurrido el accidente, autorice esa revocación. Nos parece impensable que el prominente

quiera desobligar al asegurador justo cuando éste tiene que pagar la indemnización para la cual fue contratado el seguro. Desde luego, si esa renuncia apareciera como un estipulación integrante del contrato, ella sería nula conforme las disposiciones que regulan las cláusulas abusivas. (arts. 988, 989, 1117, 1122 CCyC y 37 LDC).-

e) La estipulación a favor de un tercero y la autonomía de la voluntad. Reflexiones críticas.-

Frente a la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC pronosticamos resistencias de todos los sectores interesados en restringir los alcances de esa norma.-

En primer lugar, habrá que vencer la resistencia de la propia Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial que, al comentar la derogación del viejo bystander contenida en el artículo 1 de la ley 24.240 (luego de la modificación de la ley 26.361) y propiciar la creación de un nuevo sujeto expuesto a la relación de consumo (Ver arts. 1096 a 1103 CCyC) dice cosas como estas:

Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección

carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable. (4)

No podemos soslayar que los redactores del nuevo código (5) tienen cierta aversión a considerar que los terceros expuestos a los accidentes de tránsito (que en Argentina representan miles y miles de personas todos los años) tengan acción directa contra las compañías de seguros. Esta prevención sólo está justificada por la opinión de los prestigiosos juristas que integraron esa Comisión. Sin embargo, ellos no han explicado las bases técnicas o científicas de las que se valieron para llegar a la conclusión que presentan con tanta firmeza. Nosotros sostenemos la opinión contraria porque no vemos ningún obstáculo ético, ni moral, ni científico para negarle a los terceros expuestos a un accidente de tránsito la acción directa contra la compañía aseguradora.-

En Argentina hay miles de muertes por año en accidentes de tránsito. Por caso, según datos de la organización Luchemos por la Vida, las muertes ocurridas en ocasión de accidentes automovilísticos en el año 2014 alcanzaron el vergonzoso número de 7613 personas. Esa cifra trepa a 175.050 personas si se contabilizan los últimos 23 años. Y si se incluyen los accidentes que dejaron víctimas que

sobrevivieron aunque con lesiones de distinta magnitud de este desastre se mediría por millones. (6)

Es indudable que el contrato de seguro de automotor tiene trascendencia social que supera el mero interés individual de los contratantes, y la anacrónica regla de la autonomía de la voluntad. Por eso dirigimos todos nuestros esfuerzos a lograr que haya una mayor protección a las víctimas de accidentes. En mi opinión, es una pena que la Comisión Redactora no participe de esta idea.

f) La estipulación en favor de terceros en los contratos paritarios.

El artículo que comentamos está ubicado en el Título II del Libro III del Código Civil y Comercial. Es decir, es una de las normas que regulan los contratos paritarios, conforme lo dispuesto por las reglas generales previstas en los arts. 957 a 965.-

No obstante, lo establecido por el artículo 1027 CCyC no podría ser dejado de lado por las partes porque esa omisión sería equivalente a una renuncia prohibida en el artículo 13 del CCyC. Sería, además, un abuso del derecho, según el sentido amplio que a este instituto le asigna la nueva legislación en los arts. 10 y 14 CCyC. Por otra parte, conforme lo establece el art. 12 CCyC las partes no pueden dejar sin efecto normas en las que esté interesado el orden público.-

Las contrataciones de seguros, que involucran a millones de personas son de orden público; toda renuncia o restricción a los derechos de los asegurados debe ser analizada con criterios extremadamente rigurosos y restrictivos. En ese sentido, entendemos que en los términos del artículo 962 CCyC (7) la estipulación regulada

en el art. 1027 CCyC es indisponible y no puede ser dejada sin efecto por las partes.-

Finalmente, si esto último ocurriera, se aplicaría el art. 964 CCyC (8) en cuanto ordena que: “El contenido del contrato se integra con: a) Las normas indisponibles que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas.” En suma: toda renuncia a la estipulación establecida en artículo 1027 CCyC es nula.-

g) La estipulación en favor de terceros en los contratos de adhesión y los contratos de consumo.-

Todo lo dicho con relación a los contratos paritarios, así como las normas citadas resultan de aplicación para los contratos de adhesión regulados en los arts. 984 a 989 CCyC, y a los contratos de consumo legislados en los artículos 1092 a 1122 del CCyC. En estos casos la protección será aún mayor porque actuarán en forma complementaria y definitiva las disposiciones contenidas en los artículos 988 inc. b), 1094, y 1117 y concordantes del CCyC, junto con los arts. 3, 37 inciso b) y concordantes de la ley 24.240.-

Referencias Bibliográficas

- (1) Código Civil y Comercial concordado, pg. 318. Ed. Astrea.
- (2) Sabedor de estas críticas, el nuevo Código ubica certeramente a la estipulación a favor de tercero en la teoría general del contrato, dentro de la sección dedicada a la incorporación de terceros, en donde se consagran dos normas generales (arts. 1027 y 1028), que se integran junto a otras dedicadas a la aplicación especial de la figura, tales como las relativas a los contratos de donación, cesión, fideicomiso y renta vitalicia. Carlos Hernandez. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo VI, pg.28. Ed. Rubinzal- Culzoni - 2015.

(3) El contrato que une al estipulante con el promitente puede presentar la más variadas alternativas. El nuevo Código disciplina algunas de ellas, al admitir el mecanismo estipulatorio en los contratos de donación, cesión, fideicomiso, renta vitalicia, sin que ello implique negar otras, surgidas de leyes especiales (v gr., contratos de seguro)...Carlos Hernández. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo VI, pg.32. Ed. Rubinzal- Culzoni - 2015.

(4) Código Civil y Comercial concordado, pg. 318. Ed. Astrea - 2015.

(5) Recordemos que algunos de los integrantes de la Comisión Legislativa encargada de redactar el anteproyecto del Código Civil y Comercial son, en simultáneo, Ministros de la Corte Suprema de la Nación.

(6) Los datos fueron tomados de las estadísticas publicadas por la organización Luchemos por la Vida en: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/muertosanuales>.

(7) Artículo 962.- Carácter de las normas legales. Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

(8) Artículo 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Otra vuelta de tuerca en la teoría general de la responsabilidad

Los riesgos derivados del desarrollo científico y tecnológico

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC2176

[Consultado el: 30/09/2021]

1. Introducción. Hay una realidad que todos conocemos: los productos entran al mercado antes de que se sepa con certeza si ellos son potencialmente dañinos. Los bienes que consumimos se comercializan luego de pasar un control de calidad que determina que, al momento de efectuarse el control, el producto no es riesgoso. Esta inspección final, sin embargo, no permite saber si los productos son potencialmente dañinos. O dicho de otra manera: es probable que nuevos controles, más exhaustivos, más sofisticados, y mas rigurosos, pero posteriores a la fecha del lanzamiento, establezcan que los productos tiene riesgos que fueron ignorados por los controles previos.-

2. El dilema. El conflicto en torno del cual va a girar este breve artículo puede tener la siguiente formulación primaria. ¿Qué ocurre, en materia de responsabilidad, si un producto ingresa al mercado y a posteriori se detecta que contiene riesgos que se desconocían al momento de su lanzamiento?

Como ya puede apreciar el lector, el tema adquiere particular importancia en la industria farmacológica. No son pocos los ejemplos en los cuales un remedio, al poco tiempo de aparecer en el mercado,

tuvo que ser retirado porque se descubrió que no era apto para el consumo humano.-

3. Los riesgos desconocidos y la relación causal. La rapidez que la tecnología le impone a cada emprendimiento comercial pone sobre el tapete una cuestión muy intrincada: cómo deben tratarse los daños derivados de un riesgo que se desconocía al momento del lanzamiento. El riesgo desarrollo como factor atributivo de responsabilidad implica, en cierto sentido, una alteración del nexo causal. Al momento de salir al mercado se ignoraba que el producto fuera peligroso; sin embargo, un desarrollo posterior de la ciencia permite descubrir que sí lo era.-

Veamos un ejemplo de esta situación. Supongamos que en unos años se revela que el consumo de una gaseosa potencia el riesgo de contraer una enfermedad. Hoy se desconoce por completo esa relación causal entre la enfermedad y el consumo de la bebida; sin embargo esa relación existe y, finalmente, se descubre. En el caso planteado, si analizamos la actividad desplegada por el fabricante puede decirse que introdujo el bien en el mercado obrando con diligencia, buena fe y sin omitir ninguno de los recaudos legales; ese comerciante, sobre todo, actuó con la conciencia plena de que dicho producto no tenía, siquiera potencialmente, la amenaza de producir o agravar una enfermedad. Es decir, según el estado actual de la ciencia, si ocurre la enfermedad, ella no guarda ninguna relación de causalidad con el consumo de la gaseosa.-

El dilema se vuelve entonces más complejo. Veamos: ¿se puede atribuir responsabilidad en ausencia de relación causal entre el daño y el agente dañador? Más adelante intentaremos responder estos temas analizando la doctrina más actualizada y las normas del Código Civil y Comercial. Desde ya adelantamos nuestra opinión: ni el conocimiento ni la ignorancia alteran la relación causal de los hechos. Ignorar que un hecho es causa o efecto de otro no le quita el carácter de serlo.-

4. El riesgo como factor de responsabilidad. La teoría de la responsabilidad por el riesgo refiere a una cuestión que todavía hoy altera las conciencias jurídicas más conservadoras: la disociación entre la culpa del agente dañador y su obligación de reparar los daños padecidos por la víctima. Esa separación entre la culpa de un sujeto y su obligación resarcitoria divide las fronteras del derecho desde hace más de cien años. Se trata, sin embargo, de una discusión que se mantiene artificialmente porque la realidad ha demostrado la insuficiencia de las teorías individualistas para solucionar los problemas de las sociedades actuales (1)

La discusión es banal porque más allá de la ideología que se asuma, o de lo que la ideología asumida haya hecho con nuestras ideas, lo cierto es que por más que se hable de daños causados con la cosa o por el riesgo de la cosa, siempre se atribuye responsabilidad al sujeto. El acto antijurídico es siempre humano y no de la cosa. La teoría del riesgo no se fundamenta en la responsabilidad de las cosas (bienes y servicios) sino en la explotación comercial (humana) que de ellos se hacen.

En el caso de los riesgos por el desarrollo, la responsabilidad se pone en marcha cuando se conocen o deben conocerse los riesgos implícitos en el uso y su explotación comercial que se hace de la cosa. La responsabilidad derivada de los riesgos por el desarrollo está sujeta a dos extremos: a) el conocimiento real o presunto de la existencia del riesgo; b) la obtención de un beneficio o derivado de la explotación de la cosa. Esta formulación que parece razonable, sin embargo, es insuficiente. Como veremos en los párrafos que siguen, se abren nuevos interrogantes que el derecho está obligado a resolver con buen criterio.

5. La responsabilidad y los riesgos imprevisibles. Las consideraciones previas nos fuerzan a formular una nueva pregunta: ¿el aprovechamiento comercial de la cosa sin el debido conocimiento, ni real, ni presunto, ni exigible del riesgo, alcanza para atribuir responsabilidad? El límite entre conocer, la obligación de conocer y la

posibilidad real de conocer separa el hecho del hombre del suceso natural. Si al lanzarse el producto se desconocía su peligrosidad y, además, era humanamente imposible conocerla cabe preguntarnos: ¿por qué el derecho tiene que imponer una obligación resarcitoria a quien ha cumplido con todos los recaudos legales?

Los autores más críticos de los avances de la responsabilidad objetiva sostienen que en cuando el daño era imposible de prever nos enfrentamos a un supuesto más cercano al ‘casus’ que al factor objetivo de responsabilidad. En ese orden, Díez - Picaso señala: “En otras ocasiones, la línea de objetivación se produce inventando, en el mejor sentido de la palabra, a posteriori, los deberes de diligencia que sobre las personas pesaban, por más que, con anterioridad, nadie pudiera descubrirlos” (3)

En efecto, si el riesgo no pudo ser conocido, aún aplicando toda la diligencia exigible, la responsabilidad se impone de manera absoluta. No se trata, entonces, de una de responsabilidad objetiva sino de una responsabilidad absoluta.

6. La noción de strict liability del derecho norteamericano. La jurisprudencia norteamericana desarrolló la idea conocida como responsabilidad objetiva (strict Liability) que funciona como un factor objetivo de responsabilidad, y se articula por afuera de la idea de culpa (without proof of negligence).(4) Sin embargo, la noción de riesgo que está implícita en el concepto inglés de strict liability (al menos en su formulación inicial) implica que el agente dañador conoce ese riesgo.

Esta idea se desprende de un fallo histórico dado por el brillante juez Benjamín Cardozo (1870 - 1938) en sus días como Juez de Cámara de Apelaciones de New York (1914 - 1932). Recordemos que luego de integrar esa prestigiosa Cámara de Apelaciones, Cardozo fue designado por el Presidente Herbert Hoover Ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América (1932 - 1938).

En los autos *Helen Palsgraf vs. The Long Island Company* (1928), ampliamente estudiado en las escuelas de derecho, Cardozo se ocupó de los riesgos previsibles y la responsabilidad aplicable a ellos. En este punto es pertinente aclarar que los hechos tal como ocurrieron en el asunto *Plasgraf* sólo indirectamente son útiles a este ensayo; sin embargo, la forma en que fue resuelto el expediente sí nos sirve de antecedente y de guía para comprender el camino evolutivo que describió la teoría del riesgo en los distintos contextos geográficos y temporales.

En prieta síntesis, el caso *Plasgraf* trata de un pasajero que al intentar subir a un tren trastobilla y estuvo a punto de caer si no fuera por la asistencia que le prestaron dos guardias ferroviarios. Mientras uno de los guardias sujetaba al pasajero desde el tren, el otro, desde abajo de la formación, lo empujaba hacia adentro evitando que cayera. En la maniobra de salvataje el pasajero asistido, sin intención, deja caer un pequeño paquete envuelto en papel de diario que llevaba en su mano. Los guardias, preocupados por terminar de subir el pasajero al tren, no le prestaron ninguna atención al paquete caído. Nadie advirtió que el envoltorio, tapado por el papel de diario, contenía pirotecnia que al caer al piso explotó. La explosión le causó lesiones a otro pasajero que se encontraba también en la estación. (4)

El pasajero lesionado demandó a la compañía ferroviaria. Cardozo, que condujo el voto de la mayoría, desestimó el reclamo. Entre otras cosas el juez dictaminó que no existía relación causal entre el accionar de los guardias y las lesiones sufridas por la víctima; de hecho los guardias habían actuado conforme a derecho, siendo imposible advertir que el envoltorio contenía explosivos; en esas circunstancias no era previsible que se tratara de un contenido riesgoso. (5) Este es el meollo de la cuestión: resultó imposible determinar que ese paquete de explosivos, escondido dentro de un diario, podía ser riesgoso para el resto de los pasajeros o transeúntes; y sin poder ser advertido el riesgo, no era posible endilgarle responsabilidad a los guardas o a la propia compañía ferroviaria. (6)

Como puede verse en este importante fallo del año 1928, todavía encontramos fuertes resabios de las corrientes subjetivas en materia de responsabilidad; según el veredicto, la noción de cosa o actividad riesgosa sólo se pone en marcha luego de analizar la conducta del agente. El riesgo, el daño y la obligación resarcitoria deben estar vinculados con la conducta del sujeto (agente dañador); si éste ignoraba el riesgo, o ese riesgo fuera impredecible, no podía imponérsele la obligación de indemnizar a la víctima. Como iremos viendo, este criterio tuvo una evolución definitiva y la obligación de resarcir, basada en factores objetivos, siguió avanzando mucho más de lo que pudo imaginar el inimitable Juez Cardozo en las primeras décadas del siglo veinte.

La cuestión cronológica da cuenta de una importante evolución histórica; no obstante, lo esencial es advertir la irrupción de un nuevo pensamiento jurídico empujado por notables juristas que veían que todo daño no reparado dejaba un saldo doblemente injusto; por un lado, una víctima lastimada en su persona y en su patrimonio, y por el otro un sujeto impune listo para causar un nuevo daño. La impunidad es siempre el antecedente más directo para explicar el daño que todavía no ha ocurrido.

Entre esos juristas destaca la labor del Juez Roger J. Traynor que dio fallos notables y emblemáticos en materia de responsabilidad objetiva. (7) Uno de esos fallos fue, sin dudas, Gladys Escola vs. CocaCola (8). En este expediente destaca el voto propio y de minoría dado del Juez Traynor; más adelante haremos un breve compilado de las reflexiones propuestas por este Magistrado de vanguardia; su pensamiento abrió en forma definitiva las puertas de la responsabilidad objetiva. (9)

Los hechos del caso Escola cuentan la historia común de una camarera (Gladys), que durante su trabajo manejaba botellas de gaseosas de vidrio. Durante una jornada laboral una botella de Coca-Cola estalló en la mano de Gladys Escola y le causó lesiones. La mujer

lastimada demandó a la compañía por defecto en la fabricación del envase.

El fallo resultó favorable al reclamo de Gladys; lo más importante del veredicto fueron los argumentos propios y dados en minoría por el Juez Roger Traynor. Entre otras cosas, el Magistrado estableció que la negligencia de la compañía ni siquiera debía ser examinada para elaborar la sentencia condenatoria, siendo suficiente declarar la responsabilidad objetiva de la compañía. Todo producto puesto en el mercado y que ocasiona un daño, dice Traynor, hace responsable al productor salvo que se acredite que la víctima hizo un mal uso del producto.

El juez, lejos de conformarse con resolver el asunto concreto de la explosión de la botella, abre el tema de la responsabilidad objetiva hasta límites insospechados en esa época. Para el juez Traynor, indemnizar a las víctimas de los daños no es una cuestión jurídica sino de políticas públicas. El Estado debe asegurar que todo daño sea reparado.⁽¹⁰⁾ Traynor entiende que la intervención del Estado es esencial para que no circulen en el mercado productos peligrosos; si ellos están en el mercado, es una cuestión de Estado que los fabricantes respondan pagando las indemnizaciones correspondientes; la reparación del daño es una obligación social que va más allá de determinar la negligencia del fabricante del producto.

Este es el punto determinante: la mera circulación del bien en el mercado alcanza para poner en marcha los mecanismos de la responsabilidad previstos en el ordenamiento. La doctrina norteamericana del strict liability nos pone a un sólo paso de aceptar que los riesgos del desarrollo constituyen un factor objetivo de responsabilidad. Por lo tanto, los daños de ellos derivados deben ser reparados; es una cuestión de Estado lograr que la tutela efectiva alcance a todos los daños.-

7. El estado actual de la cuestión Cuando se examinan los riesgos del desarrollo industrial y tecnológico hay cuatro cuestiones

que no deben pasarse por alto: a) la explotación económica del producto; b) el conocimiento que el productor o fabricante debe tener acerca de esos riesgos; c) la posibilidad real de conocerlos al momento de lanzar un producto al mercado; d) quien debe cargar con el coste de estos daños.

El progreso científico tiene dos virtudes complementarias. La primera es que nos regala un saber que antes no teníamos. La segunda es que nos advierte sobre nuestra ignorancia. La evolución permanente del conocimiento, además, nos ofrece una certeza: dentro de poco se conocerán cosas que hoy se ignoran. Esta formulación incluye la posibilidad de que un producto lanzado al mercado libre de riesgos, al poco tiempo se descubra que era dañino y peligroso. Entre las tinieblas de la ignorancia y las lumbres del saber se registrará otro hecho irrefutable: la aparición de una o diez o cien o miles de víctimas que consumieron lo que no debieron haber consumido.

Todo el dilema que suponen los riesgos del desarrollo consiste en determinar si la falta de conocimiento que se tenía al momento de lanzar el producto implica una ruptura causal entre el producto y el daño. Lidia Garrido, vuelve a dar opinión que compartimos: Todas estas definiciones o conceptualizaciones nos llevan a establecer ciertos elementos comunes. Así, la dañosidad del producto no podía ser conocida por el productor al momento de la comercialización, debido al estado de la ciencia en ese momento, pero todas reconocen también que el daño se encuentra en relación de causalidad con el producto; habrá que establecer, jurídicamente, si corresponde la responsabilidad del fabricante o si cuadra algún tipo de excepción por avance de la ciencia, o por considerarlo una situación de fuerza mayor. (11)

Coincidimos, entonces, con la jurista argentina que más ha estudiado el tema: el daño guarda relación causal con el producto. Entonces, agregamos de nuestra propia cosecha: ese daño debe ser reparado.

8. Los riesgos del desarrollo y el sistema de responsabilidad propuesto en el Código Civil y Comercial. Solo nos queda resolver quién debe pagar los daños referidos al desarrollo, y cómo debe financiarse ese pago de manera justa y equilibrada, y si la actual dogmática incluye un factor de atribución de responsabilidad que abarque a esta clase tan particular de daños. Dicho en otras palabras, vamos a ocuparnos del siguiente dilema: ¿En el Código Civil y Comercial, es posible la reparación de los daños derivados de los riesgos del desarrollo?

a) La antijuridicidad. No se puede hablar de responsabilidad sin ocuparnos brevemente de un tema que lleva añadido toda la teoría general de la responsabilidad: la antijuridicidad. Veamos este asunto un poco más detenidamente. Quien puso el producto en el mercado, tomando todas las diligencias que debía tomar, no incurre en ninguna infracción, ni violenta ninguna ley, ni atropella los principios generales de del derecho. En cierto sentido, podemos decir que el productor o fabricante ha actuado de buena fe, quedando su conducta a salvo del reproche de la antijuridicidad que surge de art. 1717 CCyC.

No obstante, esa falta de antijuridicidad no impide sostener que igualmente debe haber una reparación a la víctima. La idea reparatoria, pensamos, prevalece sobre la de antijuridicidad. Además, nosotros propiciamos que cuando el daño sea derivado de uno de estos riesgos particulares, el agente pagador sea el Estado a través de un fondo de garantía. El Estado debe intervenir en la formación de fondos de garantía idóneos para cubrir estos daños sin que se afecten las inversiones empresarias, ni se aumenten los precios del producto ni, mucho menos, se obligue a las víctimas a soportar las consecuencias de riesgos que no les son propios. De todas las cuestiones en juego y que hemos tratado en este artículo, sin dudas esta última es la más relevante. Por eso todos los esfuerzos deben estar dirigidos a la tutela efectiva de los usuarios y consumidores de los productos que trafican y explotan los proveedores.

b) Las consecuencias resarcibles. Hace algún tiempo, Ricardo Lorenzetti se ocupó de este problema “La principal objeción que existe respecto de esta tesis es la limitación causal: en el Derecho argentino sólo se responde por las consecuencias mediatas previsibles. En nuestro derecho no sería admisible la responsabilidad por el riesgo del desarrollo, simplemente porque es, claramente, una consecuencia mediata no previsible (12)

A pesar de que la cita del autor es anterior a la reforma y unificación del Código Civil y Comercial, la objeción sigue intacta en la sistemática actual. En efecto, los riesgos atribuibles al desarrollo científico siguen siendo consecuencias mediatas y no previsibles, circunstancia que, en principio, los pone fuera del alcance de la obligación resarcitoria. Ello surge de lo establecido en los artículos 1726, 1727 y 1728 CCyC.

c) El riesgo y el caso fortuito. No obstante, en este punto volvemos a compartir el criterio de Lidia Garrido. (13) Por más que el daño se deba a un riesgo que no se conocía al momento de lanzarse el producto, circunstancia que acerca ese daño al caso fortuito, la reparación aún sería exigible según lo dispone el art. 1733 -inc., e - CCyC. (14) En efecto la norma expresamente dispone que el deudor es responsable, aun existiendo un caso fortuito, si el daño resulta derivado de una contingencia propia de la actividad que realiza. Pensamos que el texto legal alude al riesgo desarrollo y le impone al del deudor la obligación de asumir los riesgos contingentes de su actividad.

d) La responsabilidad absoluta. Sin perjuicio de lo expuesto en este artículo tan falible y austero, pensamos que lo que sostiene la idea de la responsabilidad es la reciente incorporación a nuestra dogmática de la llamada responsabilidad absoluta, completamente disociada de la idea de culpa, dolo o negligencia del agente dañador. En efecto, del art. 1757 CCyC (15) cuyo apartado final dice: “...La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la

autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.”

Esta norma que - previsiblemente - dará lugar a una catarsis doctrinal de amarguras extremas y festejos desmesurados, le da una nueva vuelta de tuerca a la teoría general de la responsabilidad: se ha superado la idea de responsabilidad objetiva y se abre la puerta a la responsabilidad absoluta. Es evidente que este contenido, casi universal de la responsabilidad objetiva, también comprende la responsabilidad por el riesgo de desarrollo.

Con este texto legal se cierran 150 años de individualismo ahora desplazado por un intervencionismo estatal y tutelar. Está en nosotros, hombres de derecho, hacer que estas herramientas tengan uso moderado y justo.

En un primer momento, el tema de la responsabilidad era estudiado con normas moldeadas como expresión de la filosofía individualista, que centraba la óptica en el elemento subjetivo de atribución ‘dolo o culpa’; con la nueva realidad se produce la eliminación del carácter absoluto de la idea de la culpa y el régimen de la responsabilidad civil no puede -en el derecho moderno - basarse exclusivamente en el factor subjetivo. Garrido Cordobera, Lidia, Riesgos de desarrollo en el derecho de daños, Buenos Aires, Astrea, 2016, p 25.

Referencias Bibliográficas

- (1) Diez Picasso, Luis, “CULPA Y RIESGO....”, P 158
- (2) En la jurisprudencia inglesa y norteamericana se ha hablado y se continúa hablando de strict liability para designar supuestos en los que la demanda de indemnización no se funda necesariamente en la culpa del demandado. Se ha puesto de relieve que la noción de strict liability, en el Derecho de daños, es muy antigua, de manera que no puede decirse justamente que haya una evolución desde la

responsabilidad por culpa a la responsabilidad estricta, sino al contrario: es la idea de que la responsabilidad no es necesariamente estricta la que es relativamente moderna, por lo que en la reaparición de la llamada strict liability puede encontrarse algún rastro de viejas decisiones sobre los casos de trespass of cattle, que proceden de 1353.

(3) Díez Picasso, Luiz "CULPA Y RIESGO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL...", P 157.

(4) Plaintiff was standing on a platform of defendant's railroad after buying a ticket to go to Rockaway Beach. A train stopped at the station, bound for another place. Two men ran forward to catch it. One of the men reached the platform of the car without mishap, though the train was already moving. The other man, carrying a package, jumped aboard the car, but seemed unsteady as if about to fall. A guard on the car, who had held the door open, reached forward to help (*341) him in, and another guard on the platform pushed him from behind. In this act, the package was dislodged, and fell upon the rails. It was a package of small size, about fifteen inches long, and was covered by a newspaper. In fact it contained fireworks, but there was nothing in its appearance to give notice of its contents. The fireworks when they fell exploded. The shock of the explosion threw down some scales at the other end of the platform, many feet away. The scales struck the plaintiff, causing injuries for which she sues. 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co.

(5) The conduct of the defendant's guard, if a wrong in its relation to the holder of the package, was not a wrong in its relation to the plaintiff, standing far away. Relatively to her it was not negligence at all. Nothing in the situation gave notice that the falling package had in it the potency of peril to persons thus removed. Negligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right. "Proof of negligence in the air, so to speak, will not do" (Pollock, Torts (11th ed.), p. 455; Martin v. Herzog, 228 N. Y. 164, 170; cf. Salmond, Torts (6th ed.), p. 24). ... 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co.

(6) If no hazard was apparent to the eye of ordinary vigilance, an act innocent and harmless, at least to outward seeming, with reference to her, did not take to itself the quality of a tort because it happened to be a wrong, though apparently not one involving the risk of bodily insecurity, with reference to someone else. "In every instance, before negligence can be predicated of a given act, back of the act must be sought and found a duty to the individual complaining, the observance of which would have averted or avoided the injury... 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: *Palsgraf v Long Is. R.R. Co.*

(7) Hemos tratado extensamente estos temas en *Daños al consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p.105 a 155.

(8) *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944.

(9) Roger J. Traynor, 1900 - 1983. Fue Ministro del Superior Tribunal de California entre los años 1940 - 1964 y Presidente de ese tribunal durante el período 1964 - 1970. Roger Traynor es considerado, con toda justicia, como uno de los jueces más importantes de Norteamérica del siglo 20. En la materia que nos ocupa fue uno de los precursores de la responsabilidad objetiva tal como la conocemos en nuestros días. Para Traynor, la responsabilidad objetiva que asegura la reparación de todo daño es una cuestión de Estado que involucra el orden público y el bienestar social.

(10) In these cases the source of the manufacturer's liability was his negligence in the manufacturing process or in the inspection of component parts supplied by others. Even if there is no negligence, however, public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market... *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944.

(11) Garrido Cordobera, Lidia, *Riesgos de desarrollo en el derecho de daños*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 36.

(12) Lorenzetti, Luis, *Consumidores...*, p.543.

(13) Llegamos a lo que estimamos uno de los puntos esenciales en materia de responsabilidad por el riesgo desarrollo pues muchos de los autores y la jurisprudencia sostienen la ruptura de la relación de

causalidad. Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (art. 1739), y encontramos la posibilidad de sostener la responsabilidad por el riesgo de desarrollo pues se establece que aunque ocurra el caso fortuito se es responsable conforme el inc. e. Si el caso fortuito constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa de la actividad. Creemos que esa norma nos permite sostener la responsabilidad por el riesgo de desarrollo en el Código Civil y Comercial. Garrido Cordovera, Lidia, Riesgos..., p 172.

(14) Art. 1733 CCyC Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

(15) Art. 1757 CCyC. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Recientes modificaciones a la Ley 24.240

Leyes 27.265 y 27.266

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 30/09/2021]

La Ley 27.265, publicada en el Boletín Oficial el día 17 de agosto de 2016, incorpora el art. 10 quarter a la Ley 24.240. La norma, ha sido correctamente ubicada en la sistemática porque se refiere a una forma de resolución contractual que perfectamente puede ser integrada a la familia del art. 10 de la Ley de Defensa del Consumidor.

En esencia, el nuevo texto legal dispone que un servicio puede ser dado de baja por el consumidor sin que el proveedor que lo suministra tenga derecho a cobrar ninguna clase de preaviso o multa por esa interrupción. Por otra parte, la baja no debe estar supeditada a ninguna otra cuestión que no sea la mera voluntad del usuario de interrumpir el servicio. La norma simplemente determina que el consumidor puede dar de baja el servicio en forma personal o telefónica o por el uso de otros medios electrónicos de comunicación.

Es importante señalar que se trata de un derecho exclusivo de los usuarios, y que no puede ser recíprocamente utilizado por el proveedor; es una prerrogativa dentro del marco protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor.

En nuestra opinión, la norma resulta compatible con el actual art. 1383 CCyC que permite la rescisión unilateral e incausada de un contrato bancario. Pensamos que la disposición es acertada. Se pone fin a uno de los grandes abusos que desde siempre se cometieron en perjuicio de los usuarios: los mil obstáculos y penalidades que debían

tolerar para lograr liberarse de un servicio que ya no querían. Esas trabas permanentes que las empresas oponen a la voluntad resolutoria hacían que el sujeto fuera virtualmente un rehén de la compañía prestadora del servicio. Tanto la nueva norma que comentamos, como el aludido art. 1383 CCyC procuran aliviar esta situación.

Sin perjuicio de lo dicho, la norma no contempla un caso que pensamos que sí debió ser considerado, y que de hecho muchas otras legislaciones de la región lo contemplan (por ejemplo, el art. 41 de la ley 1480 de Colombia). Nos referimos a los casos de promociones especiales.

Supongamos que un usuario adquiere un producto a un precio muy ventajoso y reducido en comparación con el valor de plaza. En esos casos, es muy posible que la empresa para atraer al cliente haya subsidiado el precio del producto, pero a cambio exija una duración mínima del contrato. Entendemos que si el precio fue realmente ventajoso para el cliente, no sería justo permitir que rescinda el contrato sin cumplir con la exigencia de duración mínima. Es muy probable que si las empresas no cuentan con un plazo de permanencia mínima de los contratos no realicen promociones que, en algunos casos, son realmente convenientes para los usuarios.

No obstante, el caso de las promociones especiales no fue previsto por el texto legal que examinamos; por tanto, entendemos que esos casos deberán ser resueltos con arreglo a los principios generales del derecho (La buena fe contractual y el de abuso del derecho previsto en los arts. 9 y 10 CCyC).

Por su parte, la Ley 27.266 también publicada el 18 de agosto de 2016 incluye una importante modificación en el art. 38 de la Ley 24.240. El agregado contiene la obligación (a los proveedores de servicios) de publicar en la web un ejemplar del modelo de contrato de adhesión que será efectivamente utilizado para para la comercialización de servicio.

El requisito -pensamos- está doblemente justificado. En primer término, la publicidad en la red mejora la información que los consumidores deben recibir antes de suscribir un servicio. En segundo término, la inclusión legal toma nota de las nuevas modalidades de consumo; aproximadamente 9 de cada 10 usuarios chequean en la web los precios y las calidades y las condiciones de contratación de los productos y servicios antes de decidir su adquisición.

El texto legal, según nuestro punto de vista, es sumamente acertado porque va a aumentar el nivel de información que reciben los usuarios. Es evidente que disponer de un modelo de contrato -antes de efectuar la suscripción - permite que el individuo tenga más tiempo de reflexión, e incluso pueda consultar con un profesional acerca de la conveniencia de la suscripción. El segundo párrafo que incluye la modificación legal es complementario de este mismo deber de información; así, se obliga al proveedor a poner a disposición de los usuarios, en los locales comerciales, los modelos de los contratos a suscribir. De ahora en más cada vez que un usuario vaya a una tienda además de la información que reciba del vendedor podrá exigir que la entrega del modelo de contrato que, eventualmente, deberá suscribir.

Le damos la bienvenida a estas dos nuevas disposiciones y esperamos que sean bien recibidas por quienes deben cumplirlas.

La autonomía de la voluntad en los tiempos de la tecla “enter”

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC21FD

[Consultado el: 30/09/2021]

a) Presentación. La autonomía de la voluntad, construida a partir de un acto jurídico dado con discernimiento, intención y libertad (art 260 CCyC) y concretada por medio de un acuerdo de voluntades (art 958 y siguientes CCyC) ha sufrido la irrevocable intervención de la tecnología. Los tres elementos esenciales de la voluntad jurídica han quedado reducidos a una síntesis brutal: la tecla ‘enter’. Ese botón, ubicado sobre la mano derecha de cada una de las 35 millones de computadoras conectadas a internet que hay en la Argentina, es hoy el elemento esencial de la teoría clásica del contrato.-

Alrededor de 20 millones de personas por año celebran contratos de consumo apretando la encantadora tecla enter. Estos sujetos (o sea: todos nosotros) buscan, con dedos inquietos que años atrás buscaban tesoros de inestimable valor, un consentimiento apurado por reflexiones efímeras tomadas frente a una pantalla que difumina imágenes asombrosas y promesas inverosímiles. Para colmo, todo se puede pagar en cuotas que imitan una metafísica de la eternidad.-

Para acceder a ese mundo de tentaciones, sin embargo, hay que realizar una operación que no es nada sencilla. Se trata de ingresar, en diminutos teclados planos, los 16 números que tiene una tarjeta de crédito, y agregarle otros tres números de un inseguro código de seguridad que está en el reverso de la tarjeta. Luego, hay

que rezar, según sean las propias convicciones religiosas, y esperar unos segundos para saber si dentro del plástico mágico hay dinero suficiente para pagar el bien que, a medida que se acerca a nuestras pertenencias, se aleja de nuestro deseo. La faena del consumo moderno termina unos minutos más tarde cuando un e-mail ignoto, pero lleno de piedad, nos confirma que la compra ha sido exitosa.-

El lector habrá notado que este contrato se perfecciona sin que se pronuncie una sola palabra, y sin que se visite una sola tienda, ni se cuente un solo billete; es la contratación de consumo en los días de internet. Los datos estadísticos indican que las compras electrónicas aumentan sin parar año tras año. En los párrafos que siguen vamos a examinar algunos de los dilemas de la contratación informática, le impuso a la teoría contractual clásica y sus viejas reglas.-

b) The Shrink wrap license. La frase shrink wrap alude a una fórmula contractual en la que el contrato está envuelto o empaquetado, y solamente puede ser conocido una vez que se abre el paquete envoltorio. Es decir, se trata una modalidad de aceptación contractual en la cual sólo se conocen los términos contractuales (garantías, limitaciones y responsabilidad etc.) luego de haber adquirido la cosa.-

El shrink wrap es un formato muy habitual en los productos informáticos que están empaquetados en cajas herméticas. En las cajas cerradas casi siempre hay una circular que contiene las estipulaciones contractuales. Por lo general, una de esas estipulaciones dispone que una vez abierto el paquete se presume la aceptación de los términos contractuales; es decir, para acceder a los términos del contrato y decidir si se aceptan, es necesario primero aceptar el contrato. Lorenzetti señala: Dentro de esta categoría se encuentran los ‘wrap agreements’. No se trata de una categoría especial, ni de una tipicidad nueva, de un modo diferente de celebrar un contrato, sino de una costumbre comercial. El tema comenzó a tener relevancia con los contratos de venta de programas de computación, que se envían

empaquetados; ese envoltorio está diseñado de manera tal que cuando se abre, importa una forma de asentir tácitamente las condiciones generales de la contratación... (1)

Se formula una paradoja casi insoluble: para aceptar el contrato se lo debe leer, pero para leerlo, primero, se lo debe aceptar. El 'shrink wrap agreement' constituye el ejemplo más emblemático de la autonomía de la voluntad en los tiempos de la informática; porque descubre crudamente la ficción contenida en esa regla.-

La otra modalidad de aceptación contractual es la tecla enter. Como dijimos en la introducción, resulta cada vez más usual que los contratos de consumo se realicen por medios electrónicos. En la Argentina, en los últimos años se nota un crecimiento interanual de las compras electrónicas de alrededor del 60%. (2) La contratación electrónica se consolida y nos exige nuevas soluciones siendo absolutamente impropias las que fueron útiles durante el siglo 20.-

A continuación vamos a examinar dos fallos norteamericanos que analizan los acuerdos realizados por medios electrónicos. El primero trata sobre los contratos enlatados y cómo se forma en ellos el pleno consentimiento (Caso Zeidenberg, 1996). El segundo, fue resuelto unos años más tarde por un Tribunal Federal de alzada que por entonces estaba integrado, entre otros jueces, por Sonia Sotomayor. Recordemos que a partir desde agosto de 2009, Sotomayor es la primera jueza de origen hispano que integra la poderosa e influyente Corte Suprema de los Estados Unidos. (3) (Caso Specht, 2002).-

Veamos la evolución que proponen ambos veredictos; ellos nos permiten una mirada más crítica, pero también más realista acerca de cómo se integra en nuestros días la autonomía de la voluntad.-

c) El caso Pro CD Inc vs. Zeidenberg (1996). (4)

i) Los hechos. La compañía Pro CD Inc creó un sistema informático en el cual recopila la información detallada de miles de números telefónicos. Se trata de una guía telefónica especializada que contiene información diferencial que no se encuentra en las guías tradicionales. La empresa comercializa esa información en forma de CD, ofreciendo el producto al mercado en dos versiones (para uso comercial y para uso no comercial. La primera versión más costosa). El producto se distribuye bajo la forma de contrato cerrado; solamente se accede al producto luego de efectuada la compra. Se trata, por tanto, de un contrato del tipo (Shrink wrap). El uso del producto estaba sujeto a limitaciones que estaban explicadas en el contrato. El usuario no fue informado de estas restricciones, y solamente pudo advertirlas cuando puso en funcionamiento el producto que había adquirido. (5)

En síntesis: se trata de un contrato de consumo, predisposto por la compañía proveedora y que no fue negociado por la parte. El adquirente ni siquiera pudo leerlo hasta no abrir la caja y acceder al formulario. La pregunta sobre la cual giró el dilema que resolvió el tribunal quedó formulada de la siguiente manera: ¿es posible hablar de autonomía de la voluntad en un contrato al que la parte únicamente accede luego de celebrado el contrato?

ii) El dilema y el fallo de primera instancia. Es importante examinar algunos pormenores del asunto. El adquirente del producto, Matthew Zeidenberg, compró la guía de Pro CD sabiendo que era un típico negocio enlatado (Shrink Wrap). No obstante, haciendo caso omiso de las restricciones contenidas en el contrato, decidió revender, en beneficio de su propia compañía, la información que obtenía de las guías. Zeidenberg, comercializaba la información a menor precio.-

La compañía le inicia un juicio de daños y perjuicios y le exige que interrumpa la diseminación de los datos contenidos en el sistema registrado por Pro CD Inc. La empresa alega en su queja que el

contrato prohíbe expresamente la reventa de los datos. El cliente, a su turno, se defiende diciendo que no conocía esas restricciones porque no se las informaron al celebrar la compra. No fue controvertido en el juicio el hecho que se trató de un negocio cerrado en el cual los términos contractuales fueron accesibles al usuario recién después de haber comprado el producto.-

En primera instancia, se resolvió que “...el contrato no era válido porque sus términos no fueron expuestos en el exterior de la caja que contenía el producto y que, por tanto, no se le podía exigir al adquirente el cumplimiento de términos contractuales que estaban ocultos al momento de concretar la compra.” (6) La decisión fue apelada y modificada en segunda instancia.-

iii) La resolución del Tribunal de alzada. El juez de primera instancia dictaminó que solamente pueden negociarse las cláusulas que son vistas siendo imposible negociar sobre condiciones que están encerradas en una caja y que sólo pueden verse luego de pagada la cosa y abierta la caja.

Sin embargo, el tribunal de apelaciones le da una vuelta de tuerca a esa verdad incontestable. Así, haciendo uso de la anacrónica pero siempre conveniente regla de la autonomía de la voluntad establece que el adquirente sabía que estaba comprando algo cuyo uso estaba sujeto a los términos de una licencia que debía cumplir.-

En otra parte del veredicto se alude a la información razonable que debe darse a los consumidores, estimando que no puede ponerse en la parte de afuera de la caja, y a la vista de los consumidores la totalidad del contrato. Porque para ello sería necesario usar una letra excesivamente pequeña, o quitar de la caja otra información aún más importante que las condiciones contractuales. Por lo tanto, se resolvió que es razonable que en la parte de afuera de la caja se expongan las advertencias más importantes sobre el uso correcto de los aparatos, y dentro de ella los términos contractuales, las garantías y las condiciones de la licencia.

Luego, si esos términos no son aceptables para el cliente, se le permite, dentro de un plazo determinado, rescindir la operación devolviendo la cosa y recuperando el dinero pagado. (7)

iv) La aceptación del contrato en tiempos diferidos. El considerando 13 de este fallo es muy importante porque describe cómo funcionan las contrataciones comerciales en los tiempos modernos. El veredicto aplica las normas del Código de Comercio (UCC - Uniform Commercial Code). En ese cuerpo legal se dice que la compraventa de bienes debe ser hecha de manera tal que permita inferir el acuerdo de voluntades de todos los contratantes. El acuerdo de voluntades, a criterio del tribunal, también existió en el caso Zeidenberg.-

La compañía expuso el producto para ser utilizado, pero todo el mundo sabe que el mismo debe operarse con un software. Al instalarse el CD aparecen en la pantalla todas las condiciones, limitaciones, y restricciones para el uso del programa informático. En esa oportunidad, el usuario puede y debe leer detenidamente todas las condiciones que forman parte del contrato.-

Si bien es cierto que al momento de leer las condiciones de uso, ya se pagó el bien, si el cliente no está de acuerdo con ellas puede rescindir la operación sin otro trámite que devolver la cosa y exigir el retorno del dinero. Eso es lo que debió haber hecho Zeidenberg: devolver el producto y recuperar el dinero que había en pago. Al no actuar de esa manera, según el fallo, prestó consentimiento a los términos del contrato y lo perfeccionó irrevocablemente.-

Para el tribunal en este contrato hubo un acuerdo de voluntades que se fue concretando en momentos dispersos en el tiempo. En primer lugar, hubo una oferta que se materializó con la exposición del bien en la tienda y a la vista de los potenciales compradores. En segundo lugar, los adquirentes aceptan esa oferta llevando el bien y pagando el precio estipulado. Finalmente los usuarios, luego de leer detenidamente las condiciones de uso, pueden

rescindir el contrato devolviendo la cosa y exigiendo la devolución de las sumas dadas en pago.-

Por tanto, según este fallo, existieron todos los elementos esenciales para que el contrato sea considerado válido: hubo oferta, hubo aceptación de la oferta, y se reconoció al cliente la facultad de rescindir el contrato si las condiciones de uso arruinaban las expectativas que tenía al momento de hacer la compra en la tienda.

(8)

d) Nuestra opinión crítica. No es discutible la necesidad que existan herramientas informáticas eficientes para articular la comercialización de bienes y servicios. Sin embargo, pensamos que el error radica en sujetar esas nuevas herramientas tecnológicas a los principios clásicos de la contratación paritaria.-

En la actualidad, la noción de discernimiento está disminuida por la alta complejidad de los contratos tecnológicos; es prácticamente imposible conocer las virtudes y los defectos del producto que se adquieren. La tecnología ha ampliado la brecha cognitiva entre proveedores y consumidor a un punto que hace muy difícil prever una conciliación espontánea. Los usuarios y consumidores cada vez saben menos de los bienes que compran y de los servicios que suscriben. Lorenzetti, acertadamente, señala: El sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo, porque no se puede conocer al dueño ni al responsable. Frente a este fenómeno, las conductas de los empresarios, así como la de los consumidores, cambian sustancialmente, apartándose de los modelos de elección racional que inspiraron a las legislaciones codificadas. Por ejemplo, el consumidor o usuario actual podría ser considerado negligente si se aplicara un estándar contractual clásico, porque las pruebas que realiza para verificar los datos suministrados antes de contratar son muy pocas y generalmente inocuas; actúa sobre la base de un conocimiento inductivo débil. (9)

En sentido análogo, el concepto de intención también está distorsionado por la existencia de una publicidad agresiva que deja a

los usuarios y consumidores a merced de anuncios que estimulan artificialmente una intención apagada. La publicidad comanda la intención. Lorenzetti explica este fenómeno: “Es habitual el espectáculo publicitario no informativo que llega al consumidor mediante los distintos canales de comunicación cuyo propósito es inducir a contratar y no a informar. La simplificación, el ocultamiento, el vedetismo, operan en el plano simbólico para aumentar la seducción. Para comprender la calidad de un producto o servicio complejo se necesita un nivel de conocimiento superior al genérico. Para comprarlo, en cambio, sólo se necesita estar seducido. (10) En efecto, el usuario no está informado, actúa seducido por anuncios que le ofrecen productos cuyo funcionamiento no comprende y cuya necesidad se le impone.-

Finalmente, frente a un discernimiento diezmado por la complejidad del producto comercializado, y una intención afectada por la publicidad, la libertad también resulta comprometida. ¿Qué libertad de conciencia puede existir en un negocio del que apenas se comprende su apariencia y que fue inducido por prácticas del marketing comercial? ¿Qué queda de la autonomía de la voluntad si el discernimiento, la intención y la libertad de un sujeto quedan a merced de otro? Nuevamente citamos a Lorenzetti: “En la contratación electrónica puede resultar muy difícil constatar que hay discernimiento de quien maneja una computador; puede ser extremadamente arduo verificar si tuvo una intención real de obligarse; puede ser imposible probar que hay error, dolo violencia...Estas dificultades existen en numerosos vínculos en los que se utilizan máquinas automáticas, módulos, formulario, electrónica, telemática, en los que se transforma agudamente el consentimiento.” (11)

Aplicar la doctrina contractual clásica a las reglas propias del consumo masivo, dominado por la alta tecnología informática es convalidar el reino de la vulnerabilidad jurídica del que solo cabe esperar abuso y desigualdad: ...en este caso hay una falta de conocimientos jurídicos específicos, o existe una falta de experiencia en la contratación. El consumidor en este caso firma contratos con

cláusulas sorpresivas, abusivas, contrae obligaciones engañado por lo que la propaganda sugiere, asume obligaciones determinables conforme a complejos cálculos económicos que desconoce completamente y hay una falta de experiencia que lo debilita y que es aprovechada por otros... (12)

Intervenir con inteligencia y prudencia estas relaciones asimétricas es la mejor manera de defender la libertad individual del sujeto, y el bienestar colectivo de la sociedad. El culto sin límites de la autonomía de la voluntad termina siendo el principal enemigo de la libertad plena del sujeto. “La autonomía privada conduce al individualismo y la fractura del orden social si no hay un mínimo de perspectiva pública sobre las acciones privadas” (13)

El fallo dictado en el caso Zeidenberg hace una construcción jurídica formal cuya finalidad es validar una herramienta de tráfico (el contrato); al mismo tiempo, procura darle certeza a las relaciones jurídicas. El veredicto sostiene una ficción que cada vez es más insuficiente para regular las relaciones del mercado; porque más allá de las circunstancias puntuales del caso Zeidenberg, en los hechos, ¿cuántos usuarios leen detenidamente las condiciones de uso de esta clase de productos informáticos? y, sobre todo, ¿cuántos sujetos están capacitados para entenderlas en toda su extensión?; finalmente, ¿cuántos usuarios saben que pueden rescindir los contratos y cuántos son lo que ejercen efectivamente este derecho?

Todas estas preguntas son de respuesta conocida. La puja ideológica entre la escuela que postula un mayor intervencionismo oficial en las relaciones comerciales privadas, y quienes repelen cualquier intromisión pública es, en verdad, una puja económica. La mayor intervención oficial no disminuye la libertad contractual de las partes, pero sí recorta la renta del sector empresario. Es eso lo que está detrás de la autonomía de la voluntad.-

e) La solución en la ley de defensa del consumidor argentina. Si bien pasaron unos cuantos años (El caso examinado es del año 1996), nuestra ley de defensa del consumidor resuelve mejor los dilemas que se plantearon en el caso Zeidenberg.-

Recordemos al lector que en agosto de 2016, la Ley 24.240 tuvo una reforma (Ley 27.266) que modificó el art. 38 LDC. Desde la vigencia de esa norma, el proveedor debe poner a disposición de los clientes el modelo de todos los contratos de adhesión con los que comercializa los distintos productos que ofrece. Ese modelo tiene que estar disponible en los locales de venta al público, y también online para los contratos que se concreten digitalmente.-

La norma textualmente establece: Art. 38 Ley 24.240 Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido. Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Asimismo deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: “Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.”

La reforma, pensamos, es muy acertada porque mejora la información que reciben los clientes.-

f) El caso *Specht vs. Netscape* (2002). (14)

i) Presentación. Las aplicaciones y los programas que bajamos de la Web para incorporar a nuestras computadoras tienen dos características. La primera es su gratuidad. La segunda es que antes de poder gozar de sus prestaciones hay que tildar, en una casilla especialmente dispuesta por el programa, una leyenda que dice: ‘Acepto las condiciones de uso’ (u otras similares). Ese clickeo es la aceptación formal de los términos de uso del programa. Si no se clickea la aceptación, el programa no permite que el usuario continúe navegando. Desde luego, el programa solamente exige que se tilde la casilla indicada y no que realmente se lean los larguísimos contenidos de esas condiciones.-

ii) El dilema propuesto por la Jueza Sonia Sotomayor. Los dilemas propuestos por la jueza nos meten de lleno en la problemática de la autonomía de la voluntad en los contratos celebrados electrónicos. Cada uno de los interrogantes actúa como un anticipo de su propia respuesta. Veamos su formulación: a) ¿Los sujetos que navegan en la red, y que bajan programas gratuitos ofrecidos desde una página web, quedan obligados por los términos que ese programa de computación impone?; b) ¿Es suficiente para quedar obligado a esas condiciones predispuestas marcar la aceptación formal en un casillero?; c) ¿Esa aceptación, es suficiente para presumir que los usuarios se han interiorizado de los pormenores de las condiciones de uso? d) ¿Esa forma es suficiente para liberar al proveedor de su deber de informar los alcances y las limitaciones del servicio ofrecido?

La respuesta dictada en la sentencia es negativa. Esa forma de imponer condiciones y limitaciones de la prestación no es suficiente para que el usuario quede obligado a ellas. El mero hecho de bajar un programa -dice el fallo - no implica aceptar las condiciones de uso ni quedar legalmente obligado a cumplirlas. (15)

iii) Las cláusulas escondidas. El problema de estos contratos, que todo el mundo sabe que no se leen, radica en las estipulaciones

ocultas o sorpresivas que contienen y que no son advertidas por el usuario. Sin embargo, al aceptar las condiciones (¿autonomía de la voluntad?) se acepta, por añadidura, el cumplimiento de situaciones sumamente inconvenientes. En el caso concreto, se establecía que al marcar el casillero ‘Acepto’, el usuario queda vinculado legalmente a todas las condiciones de uso del producto informático; entre otras se dispone todos los reclamos referidos al contrato que deben sustanciarse en los tribunales del Condado de Santa Clara, en el Estado de California. (16)

Seamos claros. Estas prórrogas de jurisdicción tienen una única finalidad: alejar a los usuarios de los tribunales de justicia. Es decir, se utiliza la figura de la voluntad autónoma para que una persona que vive en Florida tenga que promover su demanda en California. En otras palabras: se pretende determinar - de manera voluntaria - que un sujeto renuncia a lo que jamás renunciaría voluntariamente. La autonomía de la voluntad que siempre es presentada como un requisito determinante de la libertad del individuo, en la gran mayoría de los casos actúa en sentido inverso, forzando la renuncia de derechos. En el Reino de la Autonomía de la Voluntad no hay ni más libertad ni más derecho.-

iv) La conclusión: Finalmente, el tribunal concluye que la aceptación de condiciones generales, realizada a través de una tecla de la computadora, no puede implicar el pleno consentimiento del aceptante. (17)

v) La solución en la legislación Argentina. Es oportuno aclarar que el art. 36 LDC, a partir de la modificación de la ley 26.993, del mes de septiembre de 2014, soluciona los inconvenientes planteados en el caso Specht. En efecto, dicha norma determina cuál será la jurisdicción competente para el inicio de eventuales reclamos administrativos o judiciales. Se establece una jurisdicción variable que se acomodó a la estricta conveniencia y facilidad del usuario que quiere quejarse. La reforma de la ley 26.993, en este aspecto puntual, ha sido muy apropiada y merece nuestra crítica más favorable.-

La citada norma, en su apartado final determina: Art. 36 LDC Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.-

g) La autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial. Hay tres ideas centrales que queremos dejar expuestas en este breve ensayo. Ellas son: (i) la pérdida de centralidad y protagonismo del principio de la autonomía de la voluntad en la actual dogmática vigente; (ii) la aparición de sujeto consumidor como titular de amparos especiales y de tutela ampliada; (iii) los derechos de incidencia colectiva que desde ahora comparten privilegios con los derechos individuales, cuyo protagonismo exclusivo está llegando a su fin.-

En primer lugar, sostenemos que la regla de la autonomía de la voluntad ha perdido toda centralidad dentro de nuestro nuevo ordenamiento jurídico. No podemos omitir que este retroceso del principio de la autonomía de la voluntad es congruente con el derecho comparado más desarrollado.-

En segundo lugar, sostenemos que la nueva dogmática incorpora como novedad trascendente la noción de un sujeto que debido a su debilidad estructural y su fragilidad dentro del mercado de bienes y servicios debe ser protegido: el consumidor.-

El principio rector de la autonomía de la voluntad, cede su protagonismo exclusivo con la sanción de la ley 26.994. Pero, sin embargo, no debe pensarse que ese retroceso haya sido motivado por un capricho del legislador, o por la aparición de una fugaz moda

legislativa; la autonomía de la voluntad como regla fundante se ha mostrado ineficaz (cuando no decididamente injusta) para articular el actual desarrollo de la comercialización masiva de bienes y servicio.-

Referencias Bibliográficas

- (1) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, 2009, p 251.
- (2) Cámara Argentina de Comercio Electrónico: www.cace.org.ar
- (3) Sonia Sotomayor nació en 1954 en el bronx (Nueva York); es hija de una pareja de inmigrantes de Puerto Rico. Su padre muere cuando ella tenía 8 años. Sonia se recibe de abogada en 1976, con Diploma de Honor, lo que le facilita continuar su carrera de posgrado en la prestigiosa Universidad de Yale. En 1991, el Presidente Bush la designa jueza Federal del distrito de Nueva York, siendo la primera Hispana que accede a un cargo de esa jerarquía judicial. En el año 2009, el Presidente Obama la propone como Ministra de la Corte Suprema de Estados Unidos. Su piego pasa por el Congreso obteniendo la votación de todos los legisladores demócratas y buena parte de los republicanos. Es la primera mujer latina que ocupa un cargo en la cúspide del sistema judicial de norteamérica.
- (4) Citar: ProCD, INC. v. ZEIDENBERG: 86 F.3d 1447 (7th. Cir. 1996).
- (5) Considerando 3): The database in SelectPhone (trademark) cost more than \$10 million to compile and is expensive to keep current. It is much more valuable to some users than to others. The combination of names, addresses, and sic codes enables manufacturers to compile lists of potential customers. Manufacturers and retailers pay high prices to specialized information intermediaries for such mailing lists; ProCD offers a potentially cheaper alternative. People with nothing to sell could use the database as a substitute for calling long distance information, or as a way to look up old friends who have moved to unknown towns, or just as an electronic substitute for the local phone book. ProCD decided to engage in price discrimination, selling its database to the general public for personal

use at a low price (approximately \$150 for the set of five discs) while selling information to the trade for a higher price. It has adopted some intermediate strategies too: access to the SelectPhone (trademark) database is available via the America Online service for the price America Online charges to its clients (approximately \$3 per hour), but this service has been tailored to be useful only to the general public. Citar: ProCD, INC. v. ZEIDENBERG: 86 F.3d 1447 (7th. Cir. 1996).

(6) Considerando 7): Matthew Zeidenberg bought a consumer package of SelectPhone (trademark) in 1994 from a retail outlet in Madison, Wisconsin, but decided to ignore the license. He formed Silken Mountain Web Services, Inc., to resell the information in the SelectPhone (trademark) database. The corporation makes the database available on the Internet to anyone willing to pay its price - which, needless to say, is less than ProCD charges its commercial customers. Zeidenberg has purchased two additional SelectPhone (trademark) packages, each with an updated version of the database, and made the latest information available over the World Wide Web, for a price, through his corporation. ProCD filed this suit seeking an injunction against further dissemination that exceeds the rights specified in the licenses (identical in each of the three packages Zeidenberg purchased). The district court held the licenses ineffectual because their terms do not appear on the outside of the packages. The court added that the second and third licenses stand no different from the first, even though they are identical, because they might have been different, and a purchaser does not agree to - and cannot be bound by - terms that were secret at the time of purchase. 908 F. Supp. at 654. (Citar: ProCD, INC. v. ZEIDENBERG: 86 F.3d 1447 7th. Cir. 1996).

(7) Considerando 8): Zeidenberg does argue, and the district court held, that placing the package of software on the shelf is an "offer," which the customer "accepts" by paying the asking price and leaving the store with the goods. Peeters v. State, 154 Wis. 111, 142 N.W. 181 (1913). In Wisconsin, as elsewhere, a contract includes only the terms on which the parties have agreed. One cannot agree to hidden terms, the judge concluded. So far, so good - but one of the terms to which Zeidenberg agreed by purchasing the software is that

the transaction was subject to a license. Zeidenberg's position therefore must be that the printed terms on the outside of a box are the parties' contract - except for printed terms that refer to or incorporate other terms. But why would Wisconsin fetter the parties' choice in this way? Vendors can put the entire terms of a contract on the outside of a box only by using microscopic type, removing other information that buyers might find more useful (such as what the software does, and on which computers it works), or both. The "Read Me" file included with most software, describing system requirements and potential incompatibilities, may be equivalent to ten pages of type; warranties and license restrictions take still more space. Notice on the outside, terms on the inside, and a right to return the software for a refund if the terms are unacceptable (a right that the license expressly extends), may be a means of doing business valuable to buyers and sellers alike. See E. Allan Farnsworth, 1 Farnsworth on Contracts sec. 4.26 (1990); Restatement (2d) of Contracts sec. 211 comment a (1981)....(Citar: ProCD, INC. v. ZEIDENBERG: 86 F.3d 1447 (7th. Cir. 1996).

(8) Considerando 13 What then does the current version of the UCC have to say? We think that the place to start is sec. 2-204(1): "A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract." A vendor, as master of the offer, may invite acceptance by conduct, and may propose limitations on the kind of conduct that constitutes acceptance. A buyer may accept by performing the acts the vendor proposes to treat as acceptance. And that is what happened. ProCD proposed a contract that a buyer would accept by using the software after having an opportunity to read the license at leisure. This Zeidenberg did. He had no choice, because the software splashed the license on the screen and would not let him proceed without indicating acceptance. So although the district judge was right to say that a contract can be, and often is, formed simply by paying the price and walking out of the store, the UCC permits contracts to be formed in other ways. ProCD proposed such a different way, and without protest Zeidenberg agreed. Ours is not a case in which a consumer opens a package to find an insert

saying "you owe us an extra \$10,000" and the seller files suit to collect. Any buyer finding such a demand can prevent formation of the contract by returning the package, as can any consumer who concludes that the terms of the license make the software worth less than the purchase price. Nothing in the UCC requires a seller to maximize the buyer's net gains. (Citar: ProCD, INC. v. ZEIDENBERG: 86 F.3d 1447, 7th. Cir. 1996).

(9) Lorenzetti, Ricardo, Comercio electrónico, Buenos Aires, Abeledo Perrot, año 2001, p 170.

(10) Lorenzetti, R., Consumidores..., p 202.

(11) Lorenzetti, R., Comercio....,p 167

(12) Lorenzetti, R Consumidores..., p. 41.

(13) Lorenzetti, R Consumidores..., p 29.

(14) UNITED STATES COURT OF APPEALS, FOR THE SECOND CIRCUIT, August Term, 2001, Decided: October 1, 2002 Docket Nos. 01-7860(L), 01-7870(CON), 01-7872(CON)

(15) Principally, we are asked to determine whether plaintiffs-appellees ("plaintiffs"), by acting upon defendants' invitation to download free software made available on defendants' webpage, agreed to be bound by the software's license terms (which included the arbitration clause at issue), even though plaintiffs could not have learned of the existence of those terms unless, prior to executing the download, they had scrolled down the webpage to a screen located below the download button. We agree with the district court that a reasonably prudent Internet user in circumstances such as these would not have known or learned of the existence of the license terms before responding to defendant's invitation to download the free software, and that defendants therefore did not provide reasonable notice of the license terms. In consequence, plaintiffs' bare act of downloading the software did not unambiguously manifest assent to the arbitration provision contained in the license terms. (Specht vs Netscape Communications..., Citar: 306 F. 3 d 17).

(16) By Clicking The Acceptance Button or Installing or Using Netscape Communicator, Netscape Navigator, or Netscape Smartdownload Software (The "Product"), The Individual or Entity Licensing The Product ("Licensee") Is Consenting To Be Bound By

And Is Becoming A Party To This Agreement. If Licensee Does Not Agree To All of The Terms of This Agreement, The Button Indicating Non- Acceptance Must be Selected, and Licensee Must Not Install or Use The Software. Among the license terms was a provision requiring virtually all disputes relating to the agreement to be submitted to arbitration: Unless otherwise agreed in writing, all disputes relating to this Agreement (excepting any dispute relating to intellectual property rights) shall be subject to final and binding arbitration in Santa Clara County, California, under the auspices of JAMS/End Dispute, with the losing party paying all costs of arbitration. (Specht vs Netscape Communications..., Citar: 306 F. 3 d 17).

(17) We conclude that in circumstances such as these, where consumers are urged to download free software at the intermediate click of a button, a reference to the existence of license terms on a submerged screen is not sufficient to place consumers on inquiry or constructive notice of those terms. (Specht vs Netscape Communications..., Citar: 306 F. 3 d 17).

Un nuevo dilema: la eficacia temporal de las leyes en el Código Civil y Comercial

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 30/09/2021]

(i) Presentación. En principio el sistema mantiene el criterio de la irretroactividad de las nuevas leyes. El artículo 7 CCyC expresa: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

(ii) Las normas supletorias y las interpretativas. Sin embargo, el art. 7 establece un criterio innovador. El texto permite la aplicación retroactiva de una ley para bendecir a una relación contractual anterior. La retroactividad propuesta en el art. 7 solamente beneficia a los consumidores en las relaciones de consumo. Además, el criterio retroactivo rige sólo para las normas supletorias (aquellas en las que predomina la voluntad de las partes).

(iii) Retroactividad y derechos constitucionales. La irretroactividad de las leyes tiene base constitucional. Los sujetos se obligan a cumplir las normas que rigen su conducta en el presente. No es razonable obligarlos a que ajusten su comportamiento a

normas que desconocen. En ese sentido, la retroactividad puede poner en peligro derechos constitucionales y debe evitarse.

(iv) Integración contractual y retroactividad. Como vimos antes, la ley nueva, por más que sea de orden público, no es aplicable a las relaciones contractuales anteriores (art. 7 primer párrafo CCyC). Sin embargo, este principio no es infalible. Lorenzetti, señala: “Las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. El fundamento es que la ley supletoria tiene un rango inferior a la autonomía de la voluntad y por lo tanto las cláusulas del contrato deben respetarse ya que no hay un interés público...El Juez no puede modificar el contrato excepto que lo autorice una norma de orden público (art. 960), con lo cual no puede aplicar la ley supletoria modificando la voluntad de las partes” (1)

Según el art. 960 CCyC, (2) los jueces únicamente podrán modificar contratos si ellos contienen disposiciones violatorias del orden público. La norma es congruente con los artículos 12, 989, y 1122 CCyC. La Comisión redactora del Anteproyecto, si bien con carácter excepcional, admite la facultad de los jueces de revisar contratos que avasallen el orden público: “La excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, pero en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo. Los problemas que ello podría suscitar con relación a la aplicación del principio protectorio están solucionados al admitirse el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente (3). Esto quiere decir que excepcionalmente se permite la

intervención judicial del contrato para evitar que se quiebre el orden público.

(v) Un nuevo dilema relacionado a la eficacia temporal de las leyes. Lo dicho hasta ahora nos obliga formular un nuevo interrogante: ¿puede el Juez integrar un contrato aplicando retroactivamente normas que no existían al momento de la celebración del acuerdo, o esa aplicación retroactiva está limitada - exclusivamente - a los casos previstos en el art. 7 CCyC (leyes supletorias que benefician a los consumidores)?

Se produce un concurso entre el art. 7 que establece que Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público... y el art. 960 que impide la intervención de los jueces, excepto que sea a pedido de una de las partes...o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Las dos normas hablan sobre el orden público. El art. 7 CCyC mantiene incólume la irretroactividad de la ley nueva; incluso pone esta regla por encima del orden público. Por su parte, el art. 960 CCyC dispone que los jueces pueden modificar un contrato que altere negativamente el orden público.

La norma que analizamos carece de firmeza conceptual necesaria, incluyendo casos tan opuestos que la acercan peligrosamente a la incongruencia. Veamos. El primer párrafo del texto legal prohíbe la retroactividad, aún en perjuicio del orden público, mientras que el párrafo siguiente la admite, siempre y cuando ella no viole garantías constitucionales. Para terminar el menú de opciones antitéticas, el mismo art. 7 CCyC propone el criterio retroactivo cuando la nueva ley sea supletoria y más favorable al consumidor. Entendemos que la respuesta a este dilema se mantendrá hasta que la jurisprudencia las vaya resolviendo. La cantidad de variantes posibles hace muy complicado interpretar el art.7 CCyC.

(vi) Nuestra opinión .La importancia del tema nos obliga a fijar una posición doctrinaria. Ella, anticipamos, es favorable a la aplicación retroactiva de algunas normas, sean supletorias o imperativas. No obstante, la retroactividad debe ser interpretada en forma extraordinaria y sumamente restrictiva para no perjudicar garantías constitucionales. Veamos nuestros argumentos:

1) El derecho constitucional del consumidor. Los derechos del consumidor tienen en nuestro ordenamiento jerarquía constitucional (art. 42 CN); por lo tanto, una hipotética colisión entre el art. 7 CCyC que restringe la retroactividad de las leyes (sean o no de orden público) y la del 960 CCyC que admite la alteración de los contratos (cuando se viola el orden público) debe ser resuelta -al menos en las relaciones de consumo - siguiendo el criterio más favorable al consumidor.

2) Los contratos y el orden público. El art. 960 CCyC no prohíbe que los jueces integren los contratos, sino que subordina esa facultad a la necesidad de proteger el orden público. Por lo tanto, se admite la regla retroactiva cuando ella prevenga la ruptura del orden público.

3) El régimen supletorio del art. 7 CCyC. Este texto admite la retroactividad cuando las normas supletorias resulten más benéficas para los consumidores en el marco de una relación de consumo. Esto significa que el sistema admite que la irretroactividad no es un principio infalible sino que admite excepciones.

4) El control judicial de los contratos Por último, entendemos que la interpretación permisiva de la retroactividad de las leyes para integrar los contratos defectuosos resulta compatible con los artículos 989 y 1122 CCyC.

Referencias Bibliográficas

- (1) Luis (Dir), Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. 1, p 48.
- (2) Art. 960 CCyC: Los jueces no tiene facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.
- (3) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado..., p 285.

¿Leyes irretroactivas o efecto retroactivo de la tutela efectiva?

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC2256

[Consultado el: 30/09/2021]

a) Presentación. El artículo 7 del CCyC dispone: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La redacción es similar al anterior artículo 3 del Código Civil. Los dos textos legales disponen que las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público.

b) Las normas supletorias y las interpretativas. Sin embargo, el art. 7 del CCyC establece un criterio innovador con relación a la temporalidad de las normas supletorias. La división entre normas supletorias y normas imperativas merece un análisis detallado porque la línea divisoria que separa a unas de otras marca un perfil ideológico del código unificado. Las normas imperativas son aquellas que se aplican más allá de la voluntad de las partes; son obligatorias. Por el contrario, las normas supletorias se aplican únicamente cuando

las partes no han tratado determinada cuestión en el contrato que celebraron. La ley se aplica supletoriamente porque las partes - en ejercicio de su voluntad negociadora - han omitido considerar la cuestión que, por tanto, queda subordinada a la definición legal supletoria. Es decir, las partes aceptan el criterio supletorio ofrecido por la ley.

Anticipamos una primera conclusión: a mayor supletoriedad normativa, mayor autonomía de la voluntad individual: inversamente: a mayor imperatividad mayor intervención del Estado en el ámbito de la contratación privada. La actual redacción del art. 7 nos muestra un Código Civil y Comercial con un perfil tutelar que su antecesor. La norma se aparta de una regla tradicional y autoriza una retroactividad que afecta relaciones jurídicas anteriores. En definitiva, el art. 7 permite que una de las partes reciba ciertos beneficios legales que no tenía al momento de celebrar el contrato.

c) La supletoriedad retroactiva. La retroactividad propuesta en el art. 7 CCyC determina una limitación a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual. Analicemos con cuidado esta cuestión. Se trata, en principio, de una retroactividad que solamente se concede en beneficio de los consumidores en el marco de una relación de consumo. La retroactividad prevista en el art.7 CCyC no solamente exige que la norma anterior sea supletoria sino que sea menos beneficiosa para el consumidor que la nueva. (1)

El legislador utiliza la regla extraordinaria de la retroactividad legal para mejorar la situación contractual del usuario o consumidor. Ese es el perfil tutelar e intervencionista que señalamos antes. El efecto retroactivo busca atenuar los vicios de un contrato de consumo celebrado bajo la regla de la libertad contractual. Sin embargo, a pesar de esa libertad contractual, cuando una nueva

norma supletoria mejore la condición de los usuarios ella se aplicará retroactivamente. En sumario: la condición supletoria establecida en el art. 7 CCyC limita la autonomía de la voluntad y, por añadidura, la libertad contractual establecida en el art. 958 del código unificado.

Los cuerpos legales incluyen algunos textos imperativos y otros supletorios. En los sistemas normativos que privilegian la libertad contractual y la autonomía de la voluntad hay una mayor cantidad de normas supletorias. Por el contrario, en los sistemas legales tuitivos predominan los textos imperativos que no pueden ser dejados de lado por los contratantes.

En uno u otro caso, lo más frecuente es que las normas supletorias, incluidas en las nuevas leyes, no se apliquen en forma retroactiva para evitar que las leyes más recientes afecten relaciones contractuales en curso de ejecución. Esta limitación obedece a que las partes concretaron un negocio jurídico en el que solamente pudieron negociar ciertas cuestiones (supletorias) y debieron aceptar otras impuestas por la ley (imperativas). Esto significa que los contratantes omitieron negociar algunos aspectos del negocio jurídico porque sabían que la ley prevalecía sobre su voluntad, o bien porque conocían el criterio supletorio legal y lo aceptaron por ser útil al negocio proyectado. Por ese motivo las normas supletorias posteriores no pueden aplicarse retroactivamente. Es imposible determinar si los contratantes habrían omitido negociar algún aspecto del contrato conociendo una ley supletoria distinta a la que existía al momento de celebración del acuerdo. Si dejaron librado a la ley un tópico que podían negociar, es porque en ese momento preferían la solución legal vigente y no otra.

Siguiendo el curso de ese razonamiento, no sería justo que ante una omisión (tal vez deliberada) ocurrida en un contrato viejo se

aplique la ley supletoria nueva, que no existía cuando las partes negociaron su acuerdo. La regla de irretroactividad de la norma supletoria nueva mantiene indemne la voluntad negociadora que las partes tuvieron al momento de celebrar el contrato. Eso mismo nos explica la Comisión legislativa en los fundamentos del anteproyecto: “...Según el entendimiento tradicional, la vigencia de las normas supletorias se basa en que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes.”(2).

Sin embargo, el actual art. 7 CCyC altera este principio y determina que la retroactividad será posible cuando la nueva norma supletoria sea favorable al consumidor. Esta es la nota que queremos resaltar; se permite una cierta retroactividad para limitar la autonomía de la voluntad en las relaciones de consumo que vinculan jurídicamente a proveedores de bienes y servicios con usuarios y consumidores.

d) Retroactividad y derechos constitucionales. La irretroactividad de las leyes parte de una premisa de buena fe indiscutible. Los sujetos se obligan a cumplir las normas que rigen su conducta en el presente. No sería razonable obligarlos a que ajusten su comportamiento a normas futuras que desconocen. Entre otras cosas, ello iría en contra del principio constitucional establecido en el artículo 19 CN, toda vez que el efecto retroactivo implicaría exigir el cumplimiento de una ley que todavía no existe, o prohibir hacer algo que en el presente no está prohibido. En sentido similar, la irretroactividad previene violaciones al art. 18 CN evitando que se

incrimine a una persona con una ley que ahora describe un delito que en el pasado no lo era. En definitiva, si no se respetara la regla de la irretroactividad se podría convertir en reo al sujeto que ajustó su conducta al parámetro de la inocencia.

La ley no puede aplicarse retroactivamente para perjudicar o empeorar los derechos constitucionales de los justiciables; sobre todo en los procesos penales donde la presunción de inocencia y la protección del acusado es la premisa central. La aplicación retroactiva en los casos analizados sería contraria a todas las garantías constitucionales previstas en el ordenamiento.

e) Integración contractual y retroactividad. La ley nueva, por más que sea de orden público, no es aplicable a las relaciones contractuales anteriores (art. 7 primer párrafo). Sin embargo, este principio no es infalible.

Lorenzetti señala: “Las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. El fundamento es que la ley supletoria tiene un rango inferior a la autonomía de la voluntad y por lo tanto las cláusulas del contrato deben respetarse ya que no hay un interés público...El Juez no puede modificar el contrato excepto que lo autorice una norma de orden público (art. 960), con lo cual no puede aplicar la ley supletoria modificando la voluntad de las partes.”(3)

La cita, que parcialmente compartimos, indica que conforme el art. 960 CCyC,(5) los jueces podrán modificar contratos si ellos contienen disposiciones violatorias del orden público. La norma es congruente con los artículos 12, 989 , y 1122 CCyC. Todo ello nos permite formular un nuevo interrogante: ¿puede el Juez integrar un

contrato aplicando retroactivamente normas que no existían al momento de la celebración del acuerdo, o esa aplicación retroactiva está limitada - exclusivamente - a los casos previstos en el art. 7 CCyC (leyes supletorias que beneficien a los consumidores)?

Se produce una puja entre el art. 7 -segundo párrafo - CCyC, que establece que Las leyes no tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público... y el art. 960 CCyC, que veda la intervención de los magistrados, excepto que sea a pedido de una de las partes...o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Las dos normas hablan sobre el orden público. El art. 7 mantiene incólume la irretroactividad de la ley nueva; incluso pone esta regla por encima del orden público. Por su parte, el art. 960 dispone que los jueces puedan modificar un contrato que perjudique al orden público.

En los hechos, puede existir una norma que sea irretroactiva por aplicación del art. 7 CCyC pero cuya retroactividad podría ser ordenada por el juez en los términos del art. 960 CCyC. En definitiva: ¿qué norma prevalece en caso de concurso entre estos dos textos legales? Entendemos que la respuesta se mantendrá en suspenso hasta que la jurisprudencia resuelva estas situaciones que el legislador dejó abiertas. La cantidad de variantes que ofrece la casuística hace que sea sumamente complicado interpretar correctamente el nuevo art.7° CCyC.

Por otra parte, la norma que analizamos carece de la firmeza conceptual necesaria; incluye situaciones tan dispares que la acercan a la incongruencia. El primer párrafo del texto legal prohíbe la retroactividad, aún en perjuicio del orden público, mientras que el párrafo siguiente la admite, siempre y cuando ella no viole garantías constitucionales.

f) Nuestra opinión

La importancia que nos obliga a fijar una posición doctrinaria. Ella, anticipamos, es favorable a la aplicación retroactiva de ciertas normas que involucren cuestiones de orden público, con independencia de su carácter supletorio o imperativo. Esta retroactividad, sin embargo, es extraordinaria y de aplicación sumamente restrictiva para no conculcar garantías constitucionales.

Nuestros argumentos son los siguientes:

(i) El derecho constitucional del consumidor. Dada la jerarquía constitucional que los derechos del consumidor tienen en nuestro ordenamiento (art. 42 CN), sostenemos que el juez podrá integrar el contrato aplicando -retroactivamente- leyes posteriores a ese acuerdo. Esta solución, por otra parte, es congruente con los arts. 3 LDC y 1094 CCyC. La hipotética colisión entre el art. 7 que restringe la retroactividad de las leyes (sean o no de orden público) y el 960 CCyC que admite la alteración de los contratos (cuando se viola el orden orden público) debe ser resuelta -al menos en las relaciones de consumo - siguiendo el criterio más favorable al consumidor.

(ii) Los contratos y el orden público. Recordemos que el art. 960 CCyC no prohíbe que los jueces integren los contratos, sino que subordina esa facultad a la necesidad de proteger el orden público. Por lo tanto, la aplicación retroactiva será válida cuando ella prevenga la ruptura del orden público.

(iii) El régimen supletorio del art. 7 CCyC. Este texto legal admite la retroactividad cuando las normas supletorias resulten más benéficas para los consumidores en el marco de una relación de

consumo. Esto significa que la irretroactividad no es un principio infalible.

(iv) El control judicial de los contratos. Por último, entendemos que la interpretación permisiva de la retroactividad de las leyes para integrar los contratos defectuosos resulta compatible con los artículos 989 y 1122 CCyC. Ambas normas, recordamos, autorizan la intervención judicial de los contratos que contengan estipulaciones abusivas. En esos casos el juez puede integrar el contrato, para permitir su continuidad con nuevas estipulaciones que lo hagan compatible con el Derecho.

g) Terminaciones. La norma que estudiamos tiene tantas aristas que nos parece necesario hacer unas breves conclusiones no exentas de crítica.

(i) Incongruencia. En primer término, resulta criticable que el mismo texto legal inhiba la retroactividad de las normas (ni siquiera las leyes de orden público serán retroactivas dice el art. 7 segundo párrafo CCyC) pero que en simultáneo la consienta cuando así lo disponga una ley (art. 7, segundo párrafo CCyC). Frente a esta incongruencia o, cuando menos, debilidad normativa cabe preguntarnos: ¿en qué casos una norma ordinaria podría tener los efectos retroactivos que se le niega a una ley de orden público? Lamentablemente el legislador no aclara estas dudas y propone una norma confusa que no hace más que engendrar situaciones borrosas.

(ii) Excepciones. Es comprensible que una norma tenga excepciones, o que sea imposible cubrir en un texto legal todos los casos posibles. Pero, no obstante, pensamos que la mejor solución hubiera sido establecer un principio general (la irretroactividad) y luego aplicar las excepciones en las distintas normas especiales. Por

ejemplo, incluir la retroactividad en los textos legales referidos a las relaciones de consumo, evitando distinciones entre normas supletorias e imperativas

(iii) Retroactividad extraordinaria. La retroactividad de la norma supletoria en el marco de las relaciones de consumo, constituye una limitación al principio de la autonomía de la voluntad contractual de las partes. Si al momento de concretar un acuerdo las partes omitieron negociar algo para dejar que la ley resuelva supletoriamente ese punto, la nueva retroactividad del art. 7 CCyC los obligará a que acepten el criterio supletorio de la nueva ley, siempre que éste sea más benéfico para el usuario o consumidor.(5).

(iv) Integración judicial de los acuerdos y retroactividad. Por analogía, entendemos que la retroactividad prevista en el párrafo final del art. 7 es aplicable a otras normas como, por ejemplo, el art. 989 y 1122 del CCyC. En ambos casos, el juez podrá integrar el contrato aplicando retroactivamente leyes más favorables para los usuarios y consumidores.

(v) Orden público y retroactividad. Entendemos que cuando las relaciones en curso de ejecución sean contrarias a normas de orden público del código unificado, los jueces por aplicación del art. 960 CCyC podrán determinar la retroactividad de las nuevas leyes.

Referencias Bibliográficas

(1) Debido a que los intereses del consumidor, parte débil de la relación, se encuentran amparados por el principio protectorio de raigambre constitucional, se les otorga una excepción y, en el caso de ellos las leyes supletorias, en caso de serles más favorables, se las

aplica de inmediato, e incluso se la puede imponer con efecto retroactivo si no viola principios constitucionales. (Depetris, Eduardo A, La aplicación de la norma en el tiempo y en el espacio. Conflictos entre el nuevo Código Civil y Comercial y el derecho del trabajo, en Microjuris.com, 25-10-2015, Citar: MJD 7447, [http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-DOC-7447-AR&links=\(RETROACT\)](http://ar.microjuris.com/getContent?reference=MJ-DOC-7447-AR&links=(RETROACT))), Captura, 9-10-2015.

(2) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado..., p 26.

(3) Lorenzetti, R., Código Civil y Comercial..., T. 1..., p 48.

(4) Art. 960 CCyC: Los jueces no tiene facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

(5) En ese sentido la Comisión redactora señala: Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad "común" sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado..., p 26).

El delicioso encanto de la incongruencia: un Código progresista lleno de artículos retrógrados

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: eDial DC229C

[Consultado el: 30/09/2021]

i) Presentación. Con razón, una buena parte de la doctrina sostiene que en materia de contratos existen tres tipos de normas; a saber:

1) Las normas imperativas o indisponibles, que son aquellas mandas legales que están por encima de la voluntad de las partes. Estas normas no pueden omitirse, ni ser renunciadas por la parte que con ellas se beneficia.

2) Las normas particulares del contrato que son las que fijan las partes. En el nuevo Código, los acuerdos contractuales siguen teniendo fuerza legal y obligatoria para las partes, conforme lo dispone el art. 959 CCyC;

3) Las normas supletorias, que son aquellas que se integran al contrato sólo cuando las partes no han tratado en forma específica alguna cuestión.

Las disposiciones particulares son propias de los contratos paritarios, mientras que las imperativas son usadas más habitualmente en las relaciones de consumo, y en los contratos de adhesión, pues en ambos tipos contractuales están fuertemente intervenidos por la ley.

Lo importante de la clasificación que formulamos al comienzo es determinar cuál de las tres normas prevalece en los contratos que celebramos. Para ello, lo primero que debemos hacer es constatar qué tipo de contrato es el más frecuente.

ii) El orden público y la autonomía de la voluntad. Todas las fuentes consultadas arrojan el mismo resultado: cada vez circulan menos contratos paritarios, y cada vez los contratos deben sujetarse a estipulaciones imperativas que, además, son de orden público e irrenunciable. Esto, inevitablemente, nos conduce a una conclusión: el orden público contractual ha desplazado a la autonomía de la voluntad individual.

El contrato ha pasado a ser un acto jurídico intervenido por el Estado y sus leyes, y cada vez son menos las cláusulas que las partes pueden disponer libremente. La autonomía de la voluntad ha perdido el protagonismo que tuvo en los días del código velezano, o aún a posteriori de la ley 17.711.

Lorenzetti acierta al reflexionar que: El orden público de coordinación es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud de lo pactado por las partes, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. La autonomía privada conduce al individualismo y la fractura del orden social si no hay un mínimo de perspectiva pública sobre las acciones privadas; el orden público que examinamos obedece a este propósito. (1)

iii) Las contradicciones de la nueva dogmática. Como vimos en la introducción, el predominio de la contratación imperativa sobre la negociada es indudable. Sin embargo, por motivos que ignoramos, el legislador regula al contrato paritario en el primer lugar

del nuevo Código Civil y Comercial, como si fuera el más influyente de los tipos contractuales.

No se entiende porqué el mismo código que presenta un novedoso sistema legal (la fragmentación del tipo contractual) pone en la cima a la autonomía de la voluntad cuando ese principio, y sus reglas derivadas se usarán en muy pocos contratos.

La mayoría de los negocios jurídicos se formalizan en contratos que no están basados en la libertad contractual, ni en la negociación paritaria. Esos acuerdos, tampoco se rigen por el efecto relativo de los contratos, y pueden ser intervenidos por los jueces, conforme lo señalan los arts. 989 y 1122 CCyC. Es decir: la mayoría de los contratos circulantes no son alcanzados por los principios del contrato paritario clásico.

La Comisión Redactora del anteproyecto ofrece argumentos para explicar porqué mantuvo al principio de la autonomía de la voluntad en la cima del sistema contractual vigente. Los razonamientos aportados son, a nuestro modo de ver, insuficientes y producen un fenomenal divorcio con la realidad.

Veamos lo que dice la Comisión: La alternativa contraria consiste en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo. También es inconveniente, porque se distorsiona gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio

cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

Analiciemos uno por uno los puntos más flacos de esta reflexión:

a) En primer término: si el contrato de consumo es la regla general, los principios que regulan esos acuerdos también deben tener carácter general. No es congruente decir que un tipo contractual es predominante, pero en los textos legales negarle ese predominio.

b) En segundo término: la existencia de contratos empresarios tampoco implica que esos negocios estén regidos por acuerdos paritarios. No debemos olvidar que muchas de esas contrataciones quedan comprendidas en los arts. 984 a 989 del CCyC.

c) En tercer término: la Comisión redactora del anteproyecto admite que la autonomía de la voluntad solamente regirá para pocos contratos. Y a renglón seguido cita algunos ejemplos de esos contratos: la construcción de puentes, o desarrollos de alta tecnología. No hace falta una mirada experta para entender que estos contratos son extraordinarios y escasos en el mercado.

d) Último: no podemos omitir la crítica a esta sistematización porque la participación de los contratos paritarios en el mercado es residual. No es congruente que se realcen principios generales del Derecho que se aplicarán muy pocas veces. La mayoría de las veces no habrá libertad contractual, ni regirá el efecto relativo de los

contratos, ni se impedirá la intervención legal o judicial de los negocios jurídicos.

El código postula un divorcio entre las normas que dicta y la realidad que esas normas deben regular.

iv) Las apariencias de un progresismo inverosímil. Una de las principales críticas que tenemos contra el Cód. Civ. y Com es que postula la creación de un derecho más social, más intervenido por el Estado y menos individual pero, al mismo tiempo, jerarquiza todos los principios que durante un siglo y medio atentaron contra esa solidaridad. (2)

Pensamos que, en verdad, se trata de un Código conservador que hace alardes de un progresismo agrandado por promesas inverosímiles. En los fundamentos del anteproyecto los juristas tratan de explicar esta dicotomía: “En suma, seguramente se interpretará que la exigencia de que el contrato sea celebrado en razón de su función social, y dentro de sus límites, no implica que ciertos intereses estrictamente individuales carezcan de tutela legal; pero sin embargo será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser razonable, digna, seria, equilibrada y oportuna para el negocio del caso. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el tema es muy controvertido y exige analizar varias cuestiones”. (3)

Los legisladores describen bien la puja histórica entre el individualismo contractual y la tutela oficial del contrato. Frente a esa tensión, manifiestan que el Código dará preferencia al sentido social del contrato. En esa afirmación sobrevuela la promesa que será más importante proteger al consumidor que satisfacer a la empresa.

v) Enunciados progresistas y artículos retrógrados.

Estimado lector, a esta altura del desarrollo ya podemos estar seguros que asistimos, otra vez, a una dicotomía nacional y popular entre los discursos pomposos que causan orgullo, y las realidades deprimentes que todos padecemos. Este clásico argentino, que consiste en decir una cosa pero en los hechos hacer lo contrario, también ha llegado a la escuela jurídica.

La formulación innovadora expuesta en los fundamentos del Código no es congruente con las normas efectivamente sancionadas en ese cuerpo legal. Lamentablemente, el código está lleno de artículos rancios que restringen- o directamente anulan- los derechos de los consumidores.

vi) Los seguros no corren riesgos en el reino del progresismo apócrifo. Un ejemplo de la situación descripta en el antecedente, es la derogación o limitación arbitraria de la figura del bystander. El instituto del tercero expuesto, incluido en la ley 26.361, era determinante para darle un sentido socializador a las relaciones de consumo. Sin embargo, la ley 26.994 modificó el art. 1 de la ley 24.240 y le quitó tutela legal al tercero expuesto. (4)

El único motivo que justifica esta mutilación legal de los derechos de los usuarios fue beneficiar a las compañías de seguros, impidiendo que las víctimas de accidentes de tránsito tengan acción directa contra las aseguradoras. El provecho para el sector empresario es enorme. Nuevamente se protege a las caudalosas compañías de seguro detrás de un discurso progresista apócrifo.

La propia Comisión Redactora del Anteproyecto reconoce que se quiso poner a salvo a las compañías de seguro de eventuales acciones directas de los damnificados en accidentes de tránsito: En

cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.(5)

No vemos en el texto de la nueva norma, ni en la explicación presentada por los legisladores un sentido socializador del contrato. Por el contrario, se desprotege a la víctimas de accidentes de tránsito y se resguarda a la corporación de los seguros.

Queda flotando en el aire una pregunta que los legisladores omitieron responder: ¿cuál sería el problema, ético, moral o económico, de considerar al peatón que sufre un accidente como usuario directo del seguro? Después de todo, no debemos pasar por alto que ese seguro es obligatorio (Art. 68, Ley 24.449) justamente para proteger al peatón. Lo cierto es que no se quiso beneficiar a las víctimas.

Y otro tanto puede decirse de la prescripción; porque al modificarse el art. 50 de la ley 24.240 se suprime el término de 3 años que se disponía en la vieja redacción para las acciones administrativas y judiciales (en el texto vigente se mantiene ese plazo pero solamente para las acciones administrativas, sin incluirse a las judiciales).(6) De

esta forma, el tema de la prescripción, que es fundamental para aumentar las protecciones de los usuarios de seguros, queda regulado por el art. el art. 58 de la ley 17.417 que prevé un término muy inferior a los tres años (un año).(7)

Habría que ver si es posible aplicar el art. 1094 CCyC, en combinación con el art. 2560 CCyC, y lograr que el plazo de prescripción se extienda a cinco años para las relaciones de consumo. Sin embargo esto dependerá de la interpretación que los jueces hagan de estas normas. Y, para ser francos, no podemos ser muy optimistas frente a esas interpretaciones.

Lo cierto es que antes de la reforma, los consumidores tenían derecho a un reclamo más extenso, y las compañías quedaban (eventualmente) obligadas a un pago mayor.

La doctrina tampoco parece muy dispuesta a asumir los nuevos paradigmas que se prometen, y todas estas contramarchas van generando una suerte de discurso duplicado que por un lado describe un derecho más solidario, pero inmediatamente se jerarquizan los principios más individualistas de la teoría contractual clásica: “Dice Lorenzetti que el contrato es expresión de la libertad para autoobligarse, de allí que el primer principio que fundamenta todo el sistema es el de la libertad y añade: La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre hacerlo o no hacerlo y una vez que lo deciden pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de autoobligarse requiere una declaración de voluntad, y por esa razón también se estudia este tema como principio de la autonomía de la voluntad” (8)

vii) Conclusión. La última reflexión ratifica el contenido de nuestro artículo, y nos permite sacar una conclusión única:

nuevamente quedamos encerrados en el complaciente laberinto de un discurso progresista que finge textos legales retrógrados.

Referencias Bibliográficas

- (1) Lorenzetti, Consumidores..., p 29
- (2) Han existido debates sobre la inclusión de una cláusula general referida a la "función social del contrato", similar a la contenida en el artículo 421 del Código Civil de Brasil. Esta concepción, en nuestro criterio, está emparentada con la idea de función económica del contrato mediante la cual la doctrina italiana justificó, a partir del pensamiento que desarrolló el jurista italiano Victorio Scialoja en un curso pronunciado a fines del siglo XIX, la razón determinante de su reconocimiento por el Derecho. Quizás puede considerársela muy próxima a la concepción de Emilio Betti ("Teoría general del negocio jurídico", pág. 87), para quien el contrato debe satisfacer una finalidad económico social, la cual resulta de su utilidad o trascendencia social, y es determinada tomando en cuenta el interés público. También es utilizable la idea de Rescigno ("Manuale del Diritto Privato Italiano", pág. 303), para quien el contrato debe cumplir una función socialmente digna, la cual está determinada por el interés de los propios contratantes. O la de Galgano ("El negocio jurídico", pág. 109), para quien esa función económico-social del contrato debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil. (Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado..., p 284).
- (3) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado..., p 284.
- (4) MODIFICACIONES A LA LEY N° 24.240, MODIFICADA POR LA LEY N° 26.361: 3.1.- Sustitúyese el artículo 1° de la Ley N° 24.240, modificada por la Ley N° 26.361, por el

siguiente: “Artículo 1º.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

(5) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado..., p 318.

(6) 3.4.- Sustitúyese el artículo 50 de la Ley N° 24.240, modificada por la Ley N° 26.361, por el siguiente: “Artículo 50.- Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.”

(7) Art. 58. Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible. Prima pagadera en cuotas Cuando la prima debe pagarse en cuotas, la prescripción para su cobro se computa a partir del vencimiento de la última cuota. En el caso del último párrafo del artículo 30, se computa desde que el asegurador intima el pago. Interrupción Los actos del procedimiento establecido por la ley o el contrato para la liquidación del daño interrumpe la prescripción para el cobro de la prima y de la indemnización. Beneficiario En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el siniestro.

(8) Lorenzetti (Dir), Código Civil y Comercial..., T V, p 535.

La fragmentación del contrato en el Código Civil y Comercial

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 01/10/2021]

i) Presentación

En la actualidad, y a partir de la vigencia del Código Unificado, el tipo contractual ha quedado dividido en tres fracciones: a) los contratos paritarios (957 y siguientes CCyC); b) los contratos de adhesión (arts. 984 a 989 CCyC); y c) Los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122).

Desde siempre estuve tentado de incluir una cuarta fracción integrada por los contratos conexos (arts. 1073 a 1075 CCyC) porque también ellos se apartan de las reglas clásicas de los contratos paritarios, pero ya hay bastante lío doctrinario como para que yo le agregue mis habituales vacilaciones al neblinoso panorama escolar.

En este artículo, debido a la reducida extensión, voy a considerar solamente uno de los tipos fraccionados: el contrato de consumo.

ii) El dilema

Una vez asumida la condición fragmentaria de los contratos de consumo, se abre otro debate más interesante. Veamos de qué se trata: ¿corresponde que la ley general trate estos contratos, o era preferible dejar que sigan siendo regulados por la ley especial?

El dilema de incluir o no a los contratos de consumo en los estatutos generales no es una originalidad argentina; la cuestión es tan actual que se ha convertido en una estrategia legislativa que divide a los doctrinarios de todo el mundo.

Para Díez-Picazo: “Dice Alpa que los modelos que podemos encontrar en los países de la Unión son muy diferentes y pueden resumirse en cuatro: 1.º Hay algunos países que tienen una ley general y a su lado una nutrida legislación especial, que en parte es de origen interno y en parte es de origen comunitario. No hace falta decir que es el caso del Derecho español. 2.º Hay países (dice Alpa) que han preparado o tratado de preparar textos únicos. 3.º Hay otros que poseen una legislación fragmentaria unida a una doctrina de naturaleza jurisprudencial, como es el caso de la Gran Bretaña. 4.º Finalmente, hay ordenamientos en los que la disciplina de los contratos de consumo o, por lo menos, la parte más importante de ella se ha insertado clara y decididamente en el CC (...) El debate es, pues, cuál de estos modelos presenta mayores ventajas y por cuál debemos decantarnos” (1).

En definitiva, Díez-Picazo sostiene: a) que la inclusión del sujeto de consumo es imprescindible en los Códigos generales; b) esa inclusión debe mantener el tratamiento jurídico específico que la contratación de consumo tiene; y c) el derecho de consumo debe asumir la condición de rama propia del derecho privado.

Estoy de acuerdo con el notable jurista español; sin embargo me permito agregar que la fragmentación contractual y la inclusión de los contratos de consumo en la legislación general, no obedeció a una elucubración teórica iluminada. El actual protagonismo del contrato de consumo hizo que esa inclusión sea inevitable.

Todos los datos que conocemos indican que la mayoría de los contratos que circulan son de consumo, o de adhesión, o ambas cosas en simultáneo. Era imposible para el Código dejar afuera esta realidad. Dicho en otras palabras: o se incluía a los contratos de consumo

dentro del código general, promoviendo la fragmentación del sistema contractual, o se los dejaba afuera permitiendo que la ley más importante del ordenamiento omita al principal contrato del sistema. En sumario: o se fragmentaba la teoría contractual o el propio código quedaba fragmentado de la realidad.

Sin embargo, admitir la necesidad de incluirlos no quiere decir que la forma empleada haya sido la mejor, o que no pueda ser mejorada, o que sea conveniente mantener la ley especial vigente. Es decir: también se puede derogar la ley 24.240 y regular toda esta rama del derecho desde un único cuerpo legal. Después de todo, ¿para qué nos sirve que una ley particular conviva con una ley general, y que ambas leyes tengan mismo sujeto de tutela y el mismo objetivo final? Esa convivencia sólo sirve para incrementar las colisiones normativas.

iii) La inclusión en el Código Civil y Comercial

Los contratos de consumo fueron incorporados en el Código Civil y Comercial en el Libro III, Título III, Capítulo I a IV, arts. 1092 a 1122.

La Comisión Redactora, de alguna manera, explica los motivos de la inclusión: “Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes: a. En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b. Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela. c) También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d) En

el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor (2)

iv) Críticas y reflexiones

Sin embargo, la explicación es suficiente y merece las siguientes reflexiones críticas:

(a) En primer lugar, los derechos del consumidor no requerían una protección mínima y complementaria porque la Constitución Nacional les asigna el mayor privilegio dentro del ordenamiento jurídico (conf., art. 42 CN).

(b) La Comisión legisladora explica que si se decidiera derogar la ley 24.240 subsistirán los derechos previstos en los artículos 1092 a 1122 del CCyC, actuando estas normas como piso del sistema protectorio del usuario.

Este argumento adolece de severos problemas:

Primero: Si llegara a ocurrir la derogación de la ley 24.240, lo más probable es que simultáneamente se deroguen los artículos del Código Civil y Comercial. Es improbable que un legislador decidido a suprimir la ley 24.240, y con suficiente apoyo político para hacerlo, deje vigentes un puñado de artículos de la ley 26.994.

Segundo: En adición a lo dicho en el antecedente: es muy poco posible que la ley 24.240 sea derogada. La tendencia mundial indica lo contrario; los estatutos de defensa del consumidor son cada vez más importantes en los ordenamientos normativos que conocemos. Si, finalmente, esa derogación se concretara los artículos del Código Civil y Comercial serían absolutamente insuficientes para

asegurar la tutela efectiva del consumidor. La derogación de la ley 24.240 crearía una crisis en el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución Nacional.

Tercero: El extrañísimo y muy original concepto llamado “diálogo de fuentes”, que según los legisladores establece una intercomunicación normativa entre el Código Civil y Comercial y las leyes especiales, es una construcción doctrinaria que no tiene ninguna base científica. Lamentablemente, también pensamos que tampoco tendrá alguna utilidad práctica. Todo lo contrario.

El diálogo de fuentes pronto se convertirá en la interminable discusión entre leguleyos que defienden intereses opuestos tratando de convencer a jueces vacilantes. O sea: los justiciables serán las verdaderas víctimas de esta pieza tan original y tan frágil de la doctrina.

Las normas no se crean para dialogar, sino que deben ser aplicadas para resolver casos concretos. El diálogo de fuentes es una frase puesta de moda, un aforismo sin contenido.

v) Conclusiones

(a) El paso del tiempo y las sentencias que vayan apareciendo nos dirán si fue conveniente el sistema contractual propuesto en el código unificado.

(b) La inclusión del derecho del consumidor era inevitable en el Código Civil y Comercial. Sin embargo, se debieron minimizar las interpretaciones dudosas.

Referencias Bibliográficas

- (1) Díez Picazo, Luis, Contratos de consumo y derechos de contratos, en Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2006, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10001100028_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Contratos_de_consumo_y_derecho_de_contratos, Captura, 20/12/16
- (2) Código Civil y Comercial, p. 317.

La Ley de Defensa del Consumidor vs la Ley de Seguros

El insustancial diálogo de fuentes y los empates jerárquicos La solución constitucional

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>

[Consultado el: 01/10/2021]

i) Presentación. En una presentación anterior explicamos que un sistema jurídico que permite, favorece y exalta la convivencia de distintas leyes que tratan sobre las mismas cuestiones, es una inagotable fuente de conflictos. En aquella ocasión advertimos que el insustancial concepto, denominado de „diálogo de fuentes“ no tendría ninguna utilidad cuando esa dialéctica llegue a los tribunales (1).

En este artículo intentaremos acercar algunas soluciones posibles para resolver los conflictos o tensiones normativas cuya ocurrencia anticipamos.

ii) El diálogo de fuentes y el empate jerárquico. Lo dicho en la presentación se agrava porque el sistema que se implementa para resolver esos conflictos está liderado por una norma que decreta un empate completamente ineficaz para solucionar la colisión normativa.

Para que el lector entienda bien la situación que planteamos. El nuevo código y sus creadores nos explican que estamos regidos por un tentador, moderno y muy civilizado diálogo de fuentes legales,

pero omiten decir que cuando esa plática se convierta en una acalorada discusión el árbitro del asunto decretará la única solución que no soluciona nada: el empate normativo.

En efecto, el art. 963 CCyC dispone: “Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

El primer inciso de la norma postula un desopilante empate jerárquico entre los textos legales indisponibles de la ley especial y la ley general. Se establece que la disposición imperativa y de orden público prevalece sobre la supletoria, criterio que nadie discutía, y se deja sin resolver si predomina la norma imperativa de una ley especial sobre la norma imperativa de una ley general, o cuál prevalece en caso de chocar dos normas indisponibles de dos leyes especiales. Sobre esas cuestiones hace años que venimos discutiendo, y esperábamos una solución más conducente que la alegre invitación a un diálogo de fuentes ensordecidas por los intereses sectoriales.

En el concurso normativo no puede haber empate; ese resultado sirve para dirimir encuentros futboleros pero es insuficiente para aliviar disputas legales de intereses opuestos.

Acaso hay una respuesta contundente para resolver si, por ejemplo, prevalece una disposición indisponible de la Ley 24.240 (Defensa del Consumidor) que choca contra otra disposición indisponible de la Ley 17.418 (Ley de Seguros). En este breve artículo intentaremos ofrecer algunas pautas interpretativas para resolver esos dilemas.

iii) La cercanía con la Constitución. Lo primero que hay que analizar cuando nos toca examinar una confrontación normativa es la cercanía que cada texto legal tiene con la Constitución Nacional. Un ejemplo actual y repetido se da cuando la Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240) choca con la Ley de Seguros (N° 17.418).

Esa puja, pensamos, debe ser resuelta en favor de la Ley de los Consumidores. En otro trabajo dijimos: “Pero debe quedar en claro que, en caso de colisión verdadera, la preeminencia le corresponde a la Ley 24.240. En primer lugar porque es la solución expresamente prevista en el art. 3 de la LDC (...) En segundo lugar, conforme lo dispone el art. 42 de la Const. Nacional, las relaciones de consumo tienen un privilegio constitucional del que no gozan otras actividades. Las leyes que regulan derechos constitucionales, en principio, prevalecen sobre aquellas que regulan derechos ordinarios” (2).

La cercanía de la Ley de Defensa de los Consumidores con la Constitución Nacional es lo que determina su mayor jerarquía; y la condición de orden público, prescripta en el art. 65 LDC, enfatiza ese rango privilegiado dentro del ordenamiento. Cuando dos normas concursan, y solo una de ellas es de orden público y tiene por objeto derechos constitucionales, no es dudoso determinar que triunfará en el enfrentamiento.

Waldo Sobrino es uno de los autores nacionales que más enfáticamente defendió –desde siempre– la prelación normativa favorable al estatuto consumeril. Mi querido amigo Waldo, siempre desafiante y siempre pionero en sus desafíos, apoya su argumento en el punto exacto para inclinar la balanza hacia la justicia: la Constitución Nacional. El autor, hace varios años señalaba: “Siguiendo con lo expuesto „ut supra”, entendemos fundamental –

antes de desarrollar la presente cuestión de los consumidores— resaltar el cambio absoluto de paradigma legal, producido como consecuencia de la reforma de la Constitución del año 1994 al incorporar el art. 42. En efecto, ya hemos superado sobradamente la discusión de si era conveniente o no, incorporar a los consumidores como una categoría especial. Hoy está ordenado por nuestra Constitución Nacional”⁴.

Coincidimos con Waldo, el primer anclaje para sostener la primacía de la Ley de Defensa del Consumidor sobre otras normas está dado por la Constitución Nacional. La existencia del art. 42 CN deroga cualquier discusión que pretenda negar esta preeminencia.

Ya metido a analizar la cuestión jerárquica entre la Ley de Seguros y la Ley del Consumidor, Sobrino expone su pensamiento sin fisuras: “La cuestión a analizar es, entonces, los caminos a tomar cuando existen diferencias o contradicciones entre la Ley de Defensa del Consumidor (...) y la Ley de Seguros. En nuestro criterio, la solución es: en la relación de consumo de seguros (...) se aplica en forma preeminente, primaria y privilegiada la Ley de Defensa del Consumidor. Y luego, en todo aquello donde la Ley 24.240 no ha normado y/o no exista contradicción, recién entonces se aplicará la Ley de Seguros”⁵.

Coincidimos. Además, nos permitimos agregar que ese mismo criterio se debe repetir cuando la puja se da entre la Ley 24.240 y otras leyes; la jerarquía constitucional de los derechos del consumidor hace que ella prevalezca.

Referencias Bibliográficas

- (1) Shina, Fernando, La fragmentación del contrato en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Diario DPI, n° 107, 07/03/2017.
 - (2) Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 22.
 - (3) Sobrino, Waldo, Consumidores de seguros, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 61.
- Sobrino, Waldo, Consumidores (...), p. 137

Los contratos conexos: una nueva fracción contractual

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 01/10/2021]

a) Presentación. El profesional atento al nuevo Código Civil y Comercial no habrá tardado en llegar a la conclusión de que el contrato tradicional ha sufrido una división en tres fracciones. Tampoco perderá mucho tiempo leyendo las sesudas definiciones aportadas por la doctrina, pues ya sabe que cada uno de esos contratos tiene características propias que los distinguen entre sí. Más aún: sabe que las diferencias son tan grandes que los convierte en figuras incompatibles. Dicho de otro modo: los contratos paritarios no pueden funcionar con las reglas que hacen funcionar a los contratos de consumo. Y viceversa.

La mayoría de los principios que rigen a las relaciones de consumo son derogatorios de las reglas aplicables a los contratos tradicionales. En resumidas cuentas, y como bien decía el jurista Lorenzetti: El Derecho del consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho privado tradicional. (1)

Los tipos contractuales que existen en el actual Código Civil y Comercial son tres; a saber: a) los contratos paritarios (957 y siguientes CCyC); b) los contratos de adhesión (arts. 984 a 989 CCyC); c) los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122). Una mención aparte merecen los contratos conexos que, según nuestra opinión,

también constituyen tipos fraccionarios del contrato tradicional. El contrato conexo es tratado en los arts. 1073 a 1075 CCyC.

b) Los contratos conexos. Sin perjuicio de lo dicho en los párrafos que anteceden, pensamos que la doctrina ha omitido incluir a los contratos conexos entre los nuevos tipos fragmentarios. El fenómeno de la conexidad contractual también fracciona al sistema porque los contratos conexos, al igual que los de consumo, se apartan de las reglas clásicas de los contratos paritarios.

En otro trabajo, anterior incluso a la vigencia del actual Código Civil y Comercial, advertíamos el fenómeno de la conexidad contractual: “La conexidad contractual explica un fenómeno repetido en nuestros días; esto es, el acto o negocio jurídico plurilateral o múltiple. Se trata de una acción empresarial que para su concreción requiere de la existencia de más de un contrato. El negocio es uno solo, pero para ejecutarse necesita de un sistema integrado de acuerdos. Todos los contratos resultan indispensables para hacer efectiva una actividad única” (2).

Veamos las normas que regulan los negocios conexados en el Código vigente:

“Art. 1073 CCyC: Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Art. 1074.- Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

Art. 1075.- Efectos. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.”

Analicemos la primera norma. En ella aparecen las características propias del contrato conexo: a) la existencia de dos o más contratos vinculados por una finalidad económica mancomunada; b) cada contrato interviniente es esencial para el cumplimiento del objetivo común que tienen; c) la finalidad económica, que motivó la convergencia contractual, debe estar establecida desde el comienzo del negocio.

Un ejemplo de negocio jurídico conexo es el dinero electrónico, operatoria en la que interviene una empresa que emite la tarjeta plástica, una entidad bancaria que distribuye el producto financiero entre sus clientes, y otro proveedor que se ocupa de entregar el dinero en forma electrónica.

El sujeto que resulta ser titular de una tarjeta de crédito, la obtuvo de una entidad A, a la que accede por ser cliente de un banco B, que, a su vez, opera el servicio de dinero electrónico utilizando al proveedor C. Entre todos estos proveedores concretan la finalidad económica común que tienen: hacer que el cliente X acceda al dinero

desde cualquier sucursal bancaria, utilizando cualquier operador de dinero electrónico (Banelco, Link, etc.) ubicado en cualquier lugar del país (¿mundo?).

La misma operatoria conexada se reitera en los contratos de salud, donde intervienen en forma mancomunada médicos, clínicas, ambulancias para que un sujeto obtenga el servicio, finalmente indivisible, de asistencia médica. Y otro tanto podría decirse de los portales de internet en donde, a diario, compramos y vendemos los bienes y servicios que usamos. En ellos actúa un proveedor que conecta a la oferta con la demanda, y otro proveedor que se encarga de administrar los cobros, y otro que organiza las entregas de los bienes. Y también involucra a muchos proveedores, cada uno con su contrato determinado, los negocios de grandes obras públicas, o la explotación de minerales.

En verdad, es difícil pensar en un negocio jurídico actual que no se concrete mediante la vinculación mancomunada de dos o más proveedores. En otras palabras: la regla general es el contrato conexo, y la excepción es el negocio jurídico indivisible o concretado a través de un solo acuerdo contractual.

Lo importante es dejar sentado que los contratos conexos tampoco participan de las notas típicas de los contratos paritarios; el negocio conexo no es compatible con el efecto relativo de los contratos, ni con la negociación paritaria, ni con la libertad contractual. En conclusión: la autonomía de la voluntad juega un rol cada vez menos importante en la contratación actual.

Referencias Bibliográficas

- (1) Lorenzetti, Luis, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, p. 59.
- (2) Shina, Fernando, Daños...p. 99.

El fraude y el orden público

Un análisis del art. 12 del Código Civil y Comercial

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>

[Consultado el: 01/10/2021]

i) Presentación

La segunda parte del art. 12 CCyC dispone que el acto jurídico contrario al orden imperativo es un fraude a la ley. La redacción de la norma es confusa porque engloba dos conceptos cuya única coincidencia es que todo acto fraudulento es lesivo del orden público. La inclusión de estos dos conceptos en un mismo texto legal es inconveniente. Pensamos que hubiera sido mejor tratar en forma separada el orden público y el fraude.

ii) El fraude

El art. 12 describe al acto fraudulento: “El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley (...)”.

De esta forma, el fraude aparece como un acto de apariencia legítima que disimula un objetivo ilegítimo. Para Lorenzetti: “El fraude a la ley requiere la existencia de un acto jurídico aparentemente lícito porque se realiza al amparo de una ley vigente, pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al

prohibido por una norma imperativa. De manera que se pueden distinguir tres elementos: a) un acto jurídico; b) una ley de cobertura; c) una ley defraudada” (1).

Esta explicación sugiere que el fraude descrito en el art. 12 CCyC es una categoría especial de la defraudación; una modalidad fraudulenta que concreta con un acto jurídico que sólo aparentemente es lícito.

iii) Incorrecta inclusión en el Libro Preliminar

No hay, según pensamos, ningún motivo que justifique incluir en el Libro Preliminar del Código Civil y Comercial un tipo tan específico del fraude. El fraude es un vicio del acto jurídico y su tratamiento debió limitarse a la sección correspondiente del código.

Sin perjuicio de lo dicho, Lorenzetti explica que el fraude referido en el art. 12 es una figura distinta a las descritas en los art. 338, 339 y 385 CCyC. La diferencia, según el jurista, radica en que el fraude del art. 12 supone un acto jurídico que tiene una apariencia de legitimidad, pero cuya finalidad real es contraria a una norma imperativa. “En conclusión, el acto en fraude a la ley (art. 12) se ajusta al supuesto de hecho de una norma de cobertura, pero el análisis de su causa fin (art 281) lleva a un resultado análogo al prohibido por otra norma imperativa, conforme a una interpretación amplia del ordenamiento (arts. 1º y 2º). Esta tipicidad lo diferencia del acto indirecto (art. 385), en el que hay un acto celebrado para obtener el resultado que es propio de los efectos de otro acto, pero que no elude ni viola el ordenamiento ni perjudica a un tercero. También lo diferencia del fraude como vicio del acto jurídico, que requiere un crédito de causa anterior, un nexo causal con la insolvencia del

deudor y el conocimiento por parte del otro contratante (arts. 338 y 339)” (2).

iv) El fraude y el negocio indirecto. Reflexiones críticas

No nos parece importante determinar las diferencias existentes entre el tipo de fraude previsto en el art. 12 y el negocio indirecto descrito en art. 385 CCyC porque entre ambas figuras no hay puntos de contacto; no tienen entre sí nada que las asemeje. El fraude es una forma del antijurídico y el negocio indirecto describe un acto jurídico que es completamente lícito. Veamos esta cuestión con ejemplos que despejen confusiones.

Supongamos que un inversor, haciendo un análisis de distintos informes, llega a la conclusión de que en los próximos 3 años un barrio de la ciudad en la que vive será bendecido por la construcción de una línea de subterráneos. Con cierta lógica, nuestro inversor razona que el subte conectará ese barrio alejado con el centro de la ciudad, y que esa circunstancia hará aumentar el valor de la propiedad que se dispone a comprar con fundado entusiasmo y exagerado optimismo. Con los informes a mano y con el bolsillo bien lleno, el empresario sale a comprar todos los terrenos que puede antes de la llegada del subte. Es simple: su negocio es comprar barato propiedades que supone que pronto aumentarán. No quiere la propiedad, sino que su anhelo es la rentabilidad de un negocio determinado.

Las compras que el inversor del ejemplo realiza, sólo en apariencia constituyen un negocio autónomo y directo; el verdadero negocio se concretará cuando –luego de la inauguración del subte – el financista logre revender esos terrenos a un precio más alto que el que pagó. La compra de los terrenos, la especulación financiera y la

reventa de los terrenos son todas acciones lícitas de principio a fin. En pocas palabras: el negocio indirecto previsto en el art. 385 CCyC no tiene nada de fraudulento.

El fraude previsto en el art. 12 describe otra situación que no tiene nada en común con el negocio indirecto. En este caso, el objetivo del negocio además de ser distinto del que aparenta ser, es ilícito. El fraude no se constituye por la disimulación del acto jurídico, sino porque lo disimulado (que es lo real) es antijurídico.

Veamos otro ejemplo. Pensemos ahora un contrato de seguros que incluye una cláusula abusiva. Así, mediante sofisticados cálculos actuariales una compañía de seguros elabora una estipulación que (sólo en apariencia) cubre el riesgo de destrucción total del vehículo. Luego, al describirse cuando se considerará que habrá destrucción total del automóvil, se le aplican tantos y tan exigentes requisitos que la destrucción total enunciada tiene pocas o nulas chances de verificarse en la realidad. En este caso el fraude consiste en presentar un contrato con apariencias legales, pero que en realidad tiene por objetivo que la destrucción total del automóvil no se verifique nunca o casi nunca. El negocio fraudulento consiste en vender un seguro para cubrir un riesgo que se sabe que va a ocurrir muy pocas veces.

Como se ve, la sola comparación entre el negocio indirecto y el fraudulento no hace más que destacar la lejanía que hay entre ambos. El inversor del primer ejemplo realiza una especulación financiera lícita. Por su parte, la compañía aseguradora del segundo ejemplo ejecuta otro de sus habituales actos fraudulentos.

Hasta la próxima.

Referencias Bibliográficas

- (1) Lorenzetti (Dir.), Código Civil y Comercial..., T I, p. 67.
- (2) Lorenzetti (Dir.), Código Civil y Comercial..., T I, p. 70.

La caducidad sustantiva del Código Civil y Comercial y el derecho del consumidor (Parte I)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 01/10/2021]

i) **Presentación.** No es ni arriesgado, ni audaz, ni demasiado atrevido afirmar que la incertidumbre es una de las principales causas de los estados de angustia e inquietud que a diario nos apenan. La inseguridad nos asusta y quizás por eso siempre queremos saber lo que por el momento ignoramos y pretendemos, aun disimuladamente, anticipar los hechos o su resultado antes de que ellos sucedan y se nos presenten con el peso irrefutable de los acontecimientos. Sin embargo, la única certeza que nos acompaña durante toda la vida, sin que podamos ignorarla o siquiera olvidarla por unos instantes, no sirve para aliviar ninguna pena. Al contrario, esa conciencia tan rítmica como el mismo pulso nos señala sin vacilaciones que sólo podemos conocer la fatalidad del tiempo y la irremediable decrepitud de la materia.

En cierto sentido, el instituto jurídico que analizamos trata sobre los aspectos trágicos del tiempo; más precisamente, trata sobre la duración de los derechos y las adversidades que ellos sufren a medida que el tiempo avanza. López Mesa parece comprender esta cuestión cuando señala que, “En cualquiera de sus formas la caducidad opera como un plazo fatal y perentorio para el ejercicio de determinados derechos, la realización de cierta manifestación recepticia, la contestación de algunas reclamaciones o la impugnación de determinadas situaciones jurídicas; el efecto de la caducidad radica en que el transcurso del tiempo prefijado legalmente, sin haberse ejercido el derecho, efectuada la manifestación, contestado la reclamación o impugnado la situación jurídica, que se encontrare

sometida a plazo de caducidad, produce la pérdida del derecho o la consolidación definitiva de la situación no cuestionada.

El efecto básico de la caducidad es la extinción del derecho y la pérdida de su correspondiente acción judicial para ejercerlo” (1).

Exactamente eso es la caducidad: un plazo fatal que extingue un derecho. Sin embargo, su finalidad no contiene ninguna tragedia, sino que procura otorgar seguridad a las relaciones jurídicas evitando que los plazos indefinidos impidan que los derechos se consoliden. La caducidad, efectivamente, está subordinada a otro principio jurídico de mayor jerarquía: la seguridad jurídica: “En miras de la certeza de las relaciones jurídicas, el derecho tiene por finalidad primordial la pronta consolidación de determinadas situaciones. Se ha observado que es incierto que el titular de la potestad quiera valerse de ella y obre en consecuencia. Mientras dura esa incertidumbre permanece una situación ambigua, un estado de pendencia que es oportuno definir a los fines de alcanzar la certidumbre jurídica” (2).

ii) La caducidad sustantiva en el ordenamiento jurídico. El Código Civil y Comercial trata todos los aspectos relacionados a la caducidad sustancial en el Libro VI, Título I, Capítulo 4, arts. 2566 a 2572.

Una rápida revisión de esos siete artículos nos muestra los efectos y los alcances del instituto. En primer lugar, el art. 2566 establece el efecto primero y determinante de la caducidad; a saber: la extinción del derecho. El art. 2567 precisa la diferencia más explícita que separa la caducidad de la prescripción. Se establece, como principio general, que los plazos de la caducidad no se interrumpen ni suspenden. La caducidad sustantiva no reconoce, como sí lo hacen los arts. 2539 a 2549 que regulan sobre prescripción, circunstancias interruptivas o suspensivas de los plazos legales o contractuales. En ese orden de ideas, López Mesa afirma: “El plazo de caducidad, a diferencia del de prescripción, no se interrumpe ni se suspende, ni se dispensa. En la prescripción el derecho nace con duración indefinida y

sólo se pierde cuando se constata que ha habido negligencia en usarlo por parte del derechohabiente; en la caducidad, en cambio, el derecho ya nació sometido a un término o duración prefijado e inextensible, prescindiéndose de toda apreciación de la eventual negligencia de su titular” (3).

Como una novedad digna de mención y elogio, el Código muestra esfuerzos válidos para evitar que el paso del tiempo sea utilizado para perjudicar abusivamente los plazos razonables que un derecho debe tener para ser ejercido regularmente. La Comisión Redactora del Anteproyecto, al regular sobre la caducidad, explica que “La caducidad de los derechos ha sido ubicada metodológicamente con posterioridad a la prescripción y se han regulado expresamente sus diferencias e interrelación. Se incorporan normas que protegen la igualdad de las partes en este aspecto y otras que impiden la frustración del régimen de prescripción mediante convenios de caducidad” (4).

Esta intención legislativa, que celebramos, se ve plasmada en el art. 2568 que vamos a comentar a continuación aunque muy brevemente.

iii) La caducidad sustancial, el abuso de derecho y las relaciones de consumo. Como anticipamos al cerrar el párrafo anterior, el art. 2568 CCyC (5) sienta un principio muy importante para el derecho del consumidor. Se determina la nulidad de aquellas cláusulas que impongan sanciones de caducidad cuya finalidad sea hacer que una de las partes pierda un derecho, o le sea excesivamente difícil ejercerlo.

La norma, sin decirlo, parece aludir a los contratos de seguros. El texto legal, según nuestra interpretación, busca prevenir situaciones fraudulentas. La burla legal consiste en hacer pasar por un plazo de caducidad razonable lo que en verdad es una estrategia cuyo objetivo real es forzar la caducidad de un derecho y liberar de obligaciones al deudor de una prestación. El art. 2568, cuya naturaleza jurídica

elogiamos sin reservas, nos obliga a realizar un exhaustivo análisis de cada una de las cláusulas de caducidad incluidas en los contratos de seguro. A nuestro juicio, esas estipulaciones, que mayoritariamente son utilizadas para que el asegurado pierda sus derechos y el asegurador se libere de sus obligaciones, no pasan el estándar de buena fe determinado en el art. 2568.

Cuando la cláusula contractual tenga por causa o por efecto impedir o dificultar que uno de los contratantes ejerza su derecho, o lo pierda rápidamente será nula. En congruencia con el art. 1094 y siguientes del CCyC y la ley 24.240, las cláusulas de los contratos de consumo deben ser interpretadas para asegurar la finalidad del contrato, los derechos del contratante más débil, y la buena fe contractual. En definitiva, ante cualquier duda acerca de si la cláusula de caducidad es perjudicial para los usuarios o consumidores deberá mantenerse la vigencia del derecho y anularse la sanción de caducidad.

Referencias Bibliográficas

- (1) López Mesa, Marcelo, La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Microjuris, 2015, Citar: MJ-DOC-7364-AR | MJD 7364.
- (2) López Mesa, Marcelo, La caducidad de los derechos en el nuevo CCC, Buenos Aires, Microjuris, 2015, Citar: MJ-DOC-7364-AR | MJD 7364.
- (3) Ídem.
- (4) Zannoni – Mariani de Vidal – Zunino – Shina – Ramos, Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 660.
- (5) Art. 2568. Nulidad de la cláusula de caducidad. Es nula la cláusula que establece un plazo de caducidad que hace excesivamente difícil a una de las partes el cumplimiento del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implica un fraude a las disposiciones legales relativas a la prescripción.”

La caducidad sustantiva del Código Civil y Comercial y el derecho del consumidor (Parte II)

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 01/10/2021]

iv) La suspensión del plazo de caducidad en el derecho del consumidor. Como señalamos al comienzo del artículo, uno de los efectos primarios de la caducidad sustantiva es que, en principio, ella no está sujeta a la suspensión o interrupción de su término (conf. art. 2567 CCyC). Sin embargo, esa regla, como tantas otras del ordenamiento jurídico fragmentado por la aparición del sujeto consumidor, no se aplica en las relaciones de consumo. Al menos, no es una norma gravitante en materia de garantías legales en donde la caducidad sí se interrumpe. Veamos cómo la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) establece un caso que determina la suspensión de un plazo de caducidad.

El art. 11 de la LDC establece plazos legales mínimos de garantía (6 meses para el caso de cosas nuevas y 3 meses en el caso de los productos usados) (1). Sin dudas, la garantía legal prevista en el art. 11 establece un plazo de caducidad puesto que vencido el término previsto en la norma, o en el contrato, se extingue la garantía como derecho del usuario. La garantía únicamente puede utilizarse en un tiempo útil o, en caso contrario, finiquita con resultados irreversibles para el derecho del usuario o consumidor.

Vuelve a acertar López Mesa cuando reflexiona que “En la caducidad estamos en presencia de un plazo de cumplimiento preestablecido de inexorable observancia, estando exenta -y siendo ajena- toda idea de prueba en contrario, porque la ley busca que el titular del derecho potestativo lo ejercite lo antes posible, por lo que

para evitar dilaciones se establece la sanción de la extinción de ese derecho, una vez transcurrido el plazo de ejercicio concedido para él” (2).

Sin embargo, esa fatalidad de la caducidad sustantiva encuentra una excepción en el derecho del consumo. En efecto, el plazo de garantía se prolonga, y por tanto se prorroga el derecho de usarla; cuando la cosa entra al taller de reparaciones. Esa situación suspende automáticamente el plazo de caducidad de la garantía. Dicho plazo se reanuda, bajo las condiciones que al finalizar el artículo analizaremos, cuando el usuario recupera la cosa ya reparada.

Veamos el texto legal que contiene este régimen excepcional:

“Artículo 16. Prolongación del Plazo de Garantía. El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía legal.”

La ley prevé la suspensión de los plazos mientras que el producto no pudo ser disfrutado por el usuario. Se trata de una situación particular que el propio art. 2567 CCyC contempla al final de su redacción. En sumario: el tiempo que la cosa permanece en el taller de reparaciones suspende el plazo de caducidad que vuelve a correr cuando el usuario recupera el bien ya reparado. La norma, según nuestra opinión, fija un criterio acertado.

v) La garantía de los repuestos utilizados en la reparación de la cosa. Como hemos visto, el ingreso de la cosa al taller de las reparaciones interrumpe el plazo de caducidad de la garantía o, lo que significa lo mismo, prorroga su vigencia por todo el tiempo que demandó el arreglo. El punto, a pesar de su claridad, deja una importante cuestión sin resolver. Qué ocurre cuando la reparación incluyó la colocación de piezas nuevas. Es preciso determinar si esos nuevos elementos se adhieren al plazo de garantía que ya tenía la cosa o si, por el contrario, las piezas nuevas incluidas en la reparación tendrán el plazo legal mínimo de garantía. Veamos el

caso con un ejemplo concreto. Si a los cinco meses de ser adquirida una licuadora ella requiere que le cambien el motor, ¿esa pieza tendrá un sólo un mes restante de garantía, o el motor deberá ser garantizado por los siguientes 6 meses conforme los prescribe el art. 11 LDC? La ley no dice nada sobre esta cuestión que en algunos casos puede ser muy importante, sobre todo cuando se trata de bienes costosos cuyas partes también son de elevado costo como es el caso de los automotores.

Pensamos que una futura reforma debería resolver esta laguna determinando que las piezas nuevas utilizadas para la reparación de una cosa tienen la garantía legal prevista en el art. 11. En síntesis, creemos que los repuestos nuevos no quedan subsumidos en el plazo de prórroga o de suspensión, sino que tienen su propia garantía legal completa.

vi) Conclusiones. Algunas terminaciones para este breve ensayo:

A. El Código Civil y Comercial se ocupa de regular la caducidad sustantiva en los arts. 2566 a 2572.

B. El art. 2568 CCyC trae una novedad importante para nuestro ordenamiento: impide que los plazos de caducidad establecidos en los contratos funcionen como una forma de abuso del derecho.

C. La Ley de Defensa del Consumidor determina un régimen propio en materia de caducidad. Entre otras modificaciones permite que, en algunos casos, el plazo de caducidad suspenda sus términos. Ello ocurre, por ejemplo, con la garantía que prolonga su plazo por todo el tiempo que la cosa permaneció en el servicio de reparaciones.

D. Los repuestos o piezas nuevas incluidas para realizar una reparación tienen garantía propia. Cada pieza nueva tiene la garantía legal mínima asegurada en el art. 11 LDC.

Referencias Bibliográficas

(1) LDC: “Art. 11. Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.”

(2) López Mesa, Marcelo, *La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Microjuris, 2015, Citar: MJ-DOC-7364-AR | MJD 7364.

El derecho laboral y el diálogo de fuentes. Las diferencias salariales y la teoría de los actos propios

El art.1067 del Código Civil y Comercial

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://dpicuantico.com/>
[Consultado el: 01/10/2021]

I) Presentación. A diario llegan a tribunales casos laborales sobre diferencias salariales entre lo que el obrero recibe y lo que el empleador le liquida en su cuenta. Se trata de trabajadores que, en los hechos, desempeñan tareas correspondientes a una categoría laboral superior pero reciben el salario de una categoría menor. Por ejemplo, quien cumple tareas de recepcionista, recibe la paga correspondiente a quien realiza tareas de cadetería. Es probable que el operario haya ingresado con el cargo más bajo y que luego le hayan asignado tareas de a una categoría laboral superior; nosotros pensamos que desde el momento que el empleador recibe una prestación de mayor calidad y jerarquía debe pagar el mayor salario, con independencia de lo establecido en el acuerdo, el convenio colectivo o la resolución administrativa que asigne cargos y partidas presupuestarias.

Este ejemplo será la hipótesis de este breve ensayo, se da tanto en el ámbito privado como público cuando el Estado actúa como empleador. Probablemente se repita más en el empleo público debido al grande orden administrativo que hace décadas sufre nuestro país.

II) Las soluciones posibles. Frente a este escenario, la jurisprudencia viene proponiendo diversas soluciones que, en breve sumario, pueden agruparse así: a) Negar el planteo aduciendo que sin nombramiento específico del cargo, nadie puede arrogarse haber cumplido funciones de otro cargo y pretender un mayor salario. b) Aceptar el planteo del operario, explicando que el rechazo significaría un enriquecimiento sin causa a favor del empleador que recibe una prestación laboral de mayor jerarquía y se desobliga pagando el salario de menor escalafón. c) En esa misma línea, algunos fallos le dan primacía a al reclamo del trabajador, sosteniendo que debe prevalecer el principio de la realidad sobre la letra de un convenio o de una resolución administrativa. d) La Corte Suprema, en el caso Chedufau de Pinto (2010), rechazó el planteo del obrero, siguiendo el criterio descripto en primer punto. La CSJ estableció en aquél asunto que sin no hay creación administrativa del cargo y reserva de la partida presupuestaria para pagarlo, no corresponde pagar alguna diferencia salarial.

Al finalizar, voy a proponer una solución favorable al reclamo obrero. Voy a utilizar para ello, el místico diálogo de fuentes pregonado a los cuatro vientos por la doctrina nacional más vanguardista, y la vieja teoría de los actos propios que hoy es receptada en el art. 1067 CCyC. Veremos, con el correr de los tiempos, si a esos mismos vanguardistas realmente les gusta la dialéctica normativa que contradice sus ideas que, dicho sea de paso, poco o nada tiene de vanguardia.

III) La teoría del enriquecimiento sin causa. Si el trabajador demuestra (por cualquier prueba que logre convicción) que el empleador se benefició al abonar un salario menor al que debía por la tarea realmente recibida, debe pagar la diferencia salarial. Ello, a fin de impedir el evidente enriquecimiento sin causa que supone recibir un trabajo de calidad y pagar por un salario básico. Esa circunstancia determina, por un lado, el enriquecimiento de quien paga de menos y, por el otro, el empobrecimiento de quien recibe de menos. O sea, se

da un enriquecimiento ilícito, abusivo y fraudulento, que debe ser remediado con el pago de las diferencias salariales reclamadas

IV) Predominio del principio de la realidad.

En esta hipótesis, la puja se da entre lo dicho en un contrato, un convenio colectivo de trabajo, o una resolución administrativa, y lo que en la realidad sucede. Es decir, cuando las tareas que efectivamente realiza el empleado no coinciden con la descripción formal del trabajo. Veamos. Puede ocurrir, que un trabajador del sector público ingrese a la planta con una categoría administrativa pero que sus jefes le asignen tareas para un cargo de superior capacitación. Esta incongruencia entre la asignación formal del cargo y las tareas realmente cumplidas genera un dilema para determinar si prevalece la resolución administrativa que crea el cargo o las tareas que realmente cumplió el obrero. Como se ve, el principio de la realidad enfrenta lo formal contra lo sustancial. Los fallos que le dan la razón al operario, con criterio que comparto plenamente, le asignan ventaja a lo sustancial sobre las formas de una resolución administrativa.

V) La Corte Suprema.

El caso Chedufau de Pinto (1) Antes de examinar este asunto, es importante señalar dos cuestiones. En primer lugar, hay que decir que se trata de un caso laboral que involucra al Estado y su caótica maraña de resoluciones administrativas. En segundo término, debe tenerse en cuenta que es un veredicto anterior al Código Civil y Comercial (agosto de 2015). Hecha esta salvedad, que no alcanza para superar el desacuerdo profundo que tengo con el fallo, la Corte se expidió en contra del reclamo del obrero. Para la CSJ, si no hay acto administrativo de creación del cargo y, por lo tanto, no hay partidas presupuestarias para pagarlo no corresponde el pago de las diferencias salariales reclamadas.

En pocas palabras, la Corte en el caso Chedufau de Pinto, entendió que prevalece la formalidad administrativa sobre la realidad del trabajo realizado por el trabajador.

No es la primera vez, debo decir con pena, que esta Corte Suprema favorece las apariencias formales sobre las realidades concretas; en ese camino, que enfrenta luces con tinieblas, no vacila en perjudicar, reiteradamente, a los sujetos más vulnerables de cada relación jurídica, sea a los usuarios y consumidor es sea a los trabajadores (2).

La síntesis del argumento de la Corte en Chedufau de Pinto: Si bien la jurisprudencia constante de la Corte expresa que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho determinado, debe considerarse que hay derecho adquirido, no corresponde en autos aplicar tal doctrina toda vez que la disposición es clara en cuanto a que es necesario el dictado de un acto administrativo que apruebe suplemento y, por lo tanto, sea éste constitutivo de la designación del derecho. En el sub lite, no solamente dicho acto no se materializó sino que, además, la norma no fue impugnada por la actora. A mayor abundamiento, el artículo en cuestión prevé que el suplemento se cobrará a partir del mes siguiente del acto de aprobación; en consecuencia, no habiendo sido tampoco atacada esta premisa, se corrobora el efecto constitutivo de derecho del acto, por lo que mal podría pretenderse su cobro sino desde la fecha en que el acto fue re dictado.(3)

En resumen la Corte dictaminó que el acto administrativo es constitutivo del derecho. Dicho en otras palabras: no se adquiere el derecho por la concreción de los actos materiales, sino por la formalidad administrativa.

VI) La doctrina de los actos propios.

Como ya fue dicho antes, el fallo de la CS es anterior a la vigencia de la llamada doctrina de actos propios, receptada en el Cód. Civ y Com: Art. 1067.-Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibile la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

López Mesa, unos cuantos años antes, señalaba: La doctrina de los actos propios constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe. Lo concreto es que la buena fe no consiente el cambio de actitud en perjuicio de terceros, cabe reiterar, "cuando la conducta anterior ha generado en ellos expectativas de comportamiento futuro... (López Mesa, Marcelo, La doctrina de los actos propios y sus efectos en el derecho argentino y comparado..., Buenos Aires, Microjuris, 23-07-2009, Citar: MJD 4328).

Coincido con la cita doctrinaria. Entonces formuló algunos interrogantes útiles para resolver el dilema propuesto al comienzo del ensayo. Veamos. ¿Es lícito que un trabajador que realiza un trabajo de jerarquía espere una retribución acorde a esa mayor responsabilidad? Esa expectativa es razonable y, por tanto, justa? ¿Actúa de buena fe quien luego de recibir tareas de jerarquía se resiste a pagar la mejor retribución salarial?

VII) La facultad de dirección.

No resulta razonable pensar que a un trabajador se le ocurre realizar una tarea determinada y, unilateralmente, pone en práctica esta ocurrencia a espaldas de su empleador. La facultad de dirección cargo del empleador surge de los arts. 64 y 65 LCT. La primera norma dice textualmente: El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento. (Art. 64 LCT). La segunda norma dispone: Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse

con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación de los derechos personales y patrimoniales del trabajador. En conclusión: es fácticamente impensable y jurídicamente imposible que un empleado se asigne -unilateralmente - funciones que no le corresponden. El empleador organiza el trabajo de su empresa, y le asigna a cada empleado las tareas que deben realizar. Esta regla, esencial para optimizar la eficiencia laboral, también se aplica a la elefantina organización laboral de la administración pública.

Ningún empleador, ni público ni privado, puede aprovecharse de sus omisiones y permitir que un trabajador desempeñe trabajos jerárquicos y luego pagarle salarios básicos. La buena fe implícita en la teoría de los actos propios prohíbe lesionar la confianza, la buena fe, y también el derecho de propiedad de los trabajadores.

En el caso Chedufau de Pinto, la Corte omitió decir que las mismas normas que le prohibían al trabajador hacer un trabajo distinto al descrito en el acto de designación, le impedían al empleador recibirlo. El Estado aprovechó una prestación laboral pero al momento de pagarla se escudó en las mismas normas que no cumplió. Esa incoherencia, que es cínica, deliberada y bastante perversa, lesiona la buena fe y pone en marcha la teoría de los actos propios. Vuelvo, en este punto a coincidir con López Mesa: Para admitir que alguien desande lo que ha andado debe justificar que su conducta voluble no vulnera el principio general de la buena fe, para lo cual es requisito que el sujeto que pretende cambiar de conducta justifique la regularidad jurídica y moral de ese cambio y, si las ha tenido, explicita las razones que han provocado su error. (López Mesa, Marcelo, La doctrina de los actos propios y sus efectos en el derecho argentino y comparado, Buenos Aires, Microjuris, 23-07-2009, Citar: MJD 4328).

El empleador que se niegue a pagar por la prestación laboral que recibió sin quejas deberá explicar, como dice López Mesa, la regularidad moral y jurídica de su cambio de temperamento.

El art. 1067 del reciente Código Civil y Comercial, cierra el círculo dándole a las expectativas razonables, y la confianza, el rango de bienes jurídicos merecedores de tutela efectiva. La teoría de los actos propios va en esa dirección y no hay ningún motivo que impida aplicar este criterio a las relaciones laborales.

Referencias Bibliográficas

- (1) Chedufau de Pinto Maria Lilian c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y DDHH, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/06/2010, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ55810.
- (2) El reducido marco de este ensayo nos impide referirnos al caso Flores, Lorena Romina v. Giménez, Marcelino Osvaldo (CJS., 6/06/2017), donde la Corte borra de un plumazo años de elaboración doctrinaria a favor de los derechos del consumidor.
- (3) Chedufau de Pinto Maria Lilian c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y DDHH, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/06/2010, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ55810.

¿Irretroactividad de las leyes o equidad en las relaciones jurídicas?

El diálogo de fuentes en el derecho laboral

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial.com - DC23BD

[Consultado el: 04/10/2021]

I. Presentación

En materia de accidentes de trabajo se están dando en la actualidad una serie de situaciones que generan tensiones normativas entre las leyes viejas y algunas normas que se van incorporando al ordenamiento. El conflicto, no solamente involucra normas en puja sino a principios generales del derecho que aparecen en tensión. La índole de la discusión nos obliga a examinar los principios jurídicos que están detrás de la regla constitucional de irretroactividad y, al mismo tiempo, los contenidos que integran el llamado orden público. Tal es el caso de la puja que sucede entre el art. 12 de la ley 24.557 y el art. 11, modificatorio de aquella norma, prescripto en la ley 27.348. Tampoco son ajenas a esta discusión normas del ordenamiento jurídico general como el art. 7 y el 960 del Código Civil y Comercial.

Para arribar a la conclusión que presentamos al finalizar el trabajo hemos examinado, en forma integral, 8 normas pertenecientes a distintos cuerpos legales. Esa diversidad normativa nos permitió llevar adelante un verdadero diálogo de fuentes

fructífero para encontrar la solución que, entendemos, está más cercana a la noción trascendente de equidad.

II. El diálogo de fuentes

La gran dispersión de normas jurídicas que concurren con algo que decir sobre este asunto nos obliga a poner en práctica la regla interpretativa más reciente y novedosa que se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. El llamado diálogo de fuentes es una propuesta doctrinaria, relativamente reciente, que permite resolver con equidad la puja dialéctica que entre leyes vigentes que proponen soluciones opuestas o, aparentemente, incompatibles.

La Comisión redactora del Código Civil y Comercial nos explica cómo funciona este sistema de convivencia e interpretación normativa. Empero, es necesario aclarar que vamos a utilizar una solución que, originalmente, fue pensada para resolver las divergencias entre los principios que rigen los contratos tradicionales, y aquellos que regulan las relaciones de consumo. No obstante, pensamos que el diálogo de fuentes puede ser un eje doctrinal útil para resolver tensiones normativas pertenecientes a otras ramas del derecho. En concreto, no creemos que el diálogo de fuentes sea incompatible para resolver o atenuar pujas normativas del derecho laboral. En ese sentido, tampoco debemos olvidar que tanto el derecho laboral como el derecho del consumo tienen las mismas raíces; a saber: la protección legal, la marcada intervención oficial, la existencia de leyes tuitivas. El consumidor y el trabajador son los mismos sujetos débiles protegidos por distintas leyes que, sin embargo, tienen el mismo espíritu legal. Por tanto, no es incongruente pensar que el derecho del consumo y el derecho del trabajo comparten ideas doctrinarias muy similares.

Hecha esta aclaración, veamos ahora qué dice la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial con relación al llamado diálogo de fuentes: ...d) En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. (1)

Una última reflexión para concluir este acápite. Para la doctrina más moderna, con la que en parte y sólo provisoriamente coincidimos, no resulta necesario declarar la inconstitucionalidad de una norma, o propugnar la derogación de otras, o negar sistemáticamente la aplicación de un texto legal para arribar a soluciones adecuadas. Por el contrario, según esta corriente todas las fuentes pueden convivir en un mismo sistema legal, permitiendo que se aplique al caso concreto la solución jurídica más equitativa.

III. Las normas en juego

Para que el problema que planteamos sea entendido cabalmente, es necesario que presentemos la cantidad normas que intervienen en este concurso normativo de muy compleja determinación. Se trata de normas viejas y otras que son más

recientes, pero también se trata de los efectos temporales de las leyes nuevas, y del orden público que, desde luego, acentúa su importancia en materia de derechos laborales. No debemos soslayar que el derecho laboral es el más intervenido por el Estado y, por añadidura, es el que contiene la mayor cantidad de normas indisponibles e irrenunciables. De ahí el parecido que antes señalamos con el derecho del consumidor.

Veamos, ahora sí, las normas en juego:

a. El origen del problema

Art. 12, ley 24.557. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a cotización correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o al tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado.² El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4.

La norma contiene el origen del problema que nos ocupa. Como se ve, el texto legal determina la creación de una fórmula de cálculo que denomina Ingreso Base Mensual (IBM). Esta es la fórmula que será utilizada para determinar el valor de las prestaciones que le corresponden al trabajador que sufre accidentes o enfermedades profesionales. El promedio se forma con la sumatoria de las remuneraciones correspondientes a los doce meses anteriores al suceso invalidante. El número resultante de esa operación aritmética es la unidad de cálculo.

Como puede advertirse, el artículo que analizamos no contiene ninguna fórmula que permita actualizar el resultado de ese promedio. Dicho en otras palabras: la suma de dinero resultante del cálculo ordenado en el art. 12 no tiene previsto ningún mecanismo de actualización por la pérdida del valor de la moneda.

En este punto es necesario recordar que la ley 24.557 fue dictada en el año 1995. La fecha de creación es determinante para entender el contenido de sus normas y también para advertir el mismo origen del conflicto normativo. No se trata de analizar la tensión entre normas distintas porque la asimetría se da por los contextos socioeconómicos distintos. No estamos frente a un problema netamente jurídico sino a uno mucho más grave: la inflación o depreciación del valor monetario que, por períodos alternativos, afecta a todos los argentinos.

En ese orden, no podemos soslayar que el contexto socioeconómico, en los días en los que la norma fue sancionada, reinaba (en forma real o ficticia) una estabilidad monetaria absoluta que, sin embargo, resultó provisoria. Esta circunstancia pone de relieve una cuestión de suma importancia: la ley 24.557 funcionaba armónicamente en ese escenario social y económico, exento de los infortunios derivados de la inflación monetaria. No hace falta ahondar en explicaciones acerca del efecto depredador que la inflación tiene en los salarios y en las indemnizaciones tarifadas que perciben los trabajadores.

Veamos cómo evolucionó la norma que examinamos.

b. La evolución. El art. 12, ley 24.557, reformada por la ley 27.348

Art. 12. Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio:

1°. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados — de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables).

2°. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina.

3°. A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el artículo 770 del Código Civil y Comercial acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación.

La ley 27.348, cuyo artículo 11 modifica el art. 12 de la ley 24.557, fue creada en el mes de febrero de 2017. Es necesario recordar que el contexto socioeconómico actual es diverso en comparación con el que existía a mediados de la década del noventa. Es decir, la economía Argentina volvió a padecer ese mal endémico que describimos en los párrafos que anteceden.

En la actualidad hay inflación y el legislador crea, entonces, leyes acordes con esa situación. Ese contexto diverso explica que el art. 11 de la ley 27.348 haya modificado al 12 de la ley 24.557. La nueva norma establece un criterio de actualización aplicable a las indemnizaciones correspondientes a los trabajadores que sufren accidentes o enfermedades profesionales. La norma, asimismo, establece intereses a devengarse desde el nacimiento de la obligación hasta el momento pagarse la indemnización. En sumario: el artículo propone una solución apropiada para el actual contexto socioeconómico.

c. La irretroactividad de la ley. El art. 20, ley 27.348

Art. 20. La modificación prevista al artículo 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primer manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley.

Este artículo sigue la regla general que prescribe, salvo casos excepcionales, la irretroactividad de la ley. Así, se dispone que las modificaciones del el art. 12 de la ley 24.557 sólo serán aplicables para los hechos invalidantes posteriores a la entrada en vigencia de la nueva ley 27.348. Por lo tanto, los sucesos ocurridos con anterioridad al mes de febrero de 2017 no se beneficiarán con las actualizaciones y

los intereses que sí son aplicables a los accidentes y enfermedades ocurridos con posterioridad.

La línea divisoria del tiempo, una vez, deja ganadores y perdedores a uno y otro lado. Sin embargo, en este caso pensamos que es posible solucionar, de manera justa, el problema del tiempo y su paso tan imparabile como el pulso que separa la vida de la muerte.

d. La irretroactividad como principio general del derecho. El artículo 7 del Código Civil y Comercial

Art. 7 CCyC. Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Esta norma, al igual que la anterior, cierra filas detrás de la irretroactividad legal. No obstante, deja abierta la posibilidad de que existan algunas excepciones a la regla general. En otro trabajo nos referimos -críticamente- a la flexibilidad del art. 7° CCyC, allí sosteníamos que la norma no tiene la firmeza conceptual necesaria, incluyendo casos tan opuestos que la acercan a la incongruencia. El primer párrafo del texto prohíbe la retroactividad, aún en perjuicio del orden público, mientras que el párrafo siguiente la admite, siempre y cuando ella no viole garantías constitucionales. Para terminar el mismo art. 7 CCyC propone el criterio retroactivo cuando la nueva ley sea, al mismo tiempo, supletoria y más favorable al consumidor.

Entendemos que la respuesta a este dilema se mantendrá hasta que la jurisprudencia las vaya resolviendo. La cantidad de variantes posibles hace muy complicado interpretar el art.7 CCyC. (2)

Aún manteniendo la crítica que la norma nos merece, es importante señalar que la irretroactividad no es una regla infalible y que puede ceder en determinados casos y por causas de equidad. La equidad es el principio más importante de un ordenamiento jurídico; a él quedan subordinados los otros principios generales del derecho, incluso al de la temporalidad de las leyes.

e. La equidad y el orden público. El art. 960 del Código Civil y Comercial

Art. 960 CCyC. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Esta norma es fundamental para el desarrollo de la idea que proponemos en este trabajo. Se trata de un texto legal de suma importancia que permite que los jueces, cuando esté afectado el orden público, intervengan los contratos y los modifiquen hasta lograr que ellos se ajusten al orden público. Esa es, exactamente, la clave para resolver el dilema que nos ocupa.

Como iremos viendo, la no actualización de los valores del Ingreso Base Mensual (IBM) que surge de la aplicación rasa del art. 12 de la vieja ley 24.557 viola el orden público laboral y determina una iniquidad manifiesta para los trabajadores que hayan sufrido accidentes o enfermedades laborales con anterioridad a la ley 27.348 (Febrero de 2017). La trascendencia que le damos al art. 960 CCyC es

que vuelve a poner la discusión en el lugar del que nunca debió correrse; no se trata de discutir los efectos temporales de las leyes nuevas sino de la afectación del orden público. El citado texto, asimismo, nos obliga a señalar la obligación que tienen los magistrados de intervenir los contratos (sean civiles, comerciales o laborales) para restablecer el orden público afectado por una estipulación contractual, o una resolución administrativa o por la interpretación diversa de las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico nacional.

Es decir, hay una puja entre el art. 7 y el 960 CCyC. Lo dicho hasta ahora nos obliga formular un nuevo interrogante: ¿puede el Juez integrar un contrato aplicando retroactivamente normas que no existían al momento de la celebración del acuerdo, o esa aplicación retroactiva está limitada - exclusivamente - a los casos previstos en el art. 7 CCyC (leyes supletorias que beneficien a los consumidores)? Se produce un concurso entre el art. 7 que establece que Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público... y el art. 960 que impide la intervención de los jueces, excepto que sea a pedido de una de las partes...o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. Las dos normas hablan sobre el orden público. El art. 7 CCyC mantiene incólume la irretroactividad de la ley nueva; incluso pone esta regla por encima del orden público. Por su parte, el art. 960 CCyC dispone que los jueces pueden modificar un contrato que altere negativamente el orden público. (3)

El interrogante correcto para resolver nuestro dilema debe ser formulado, según nuestro pensamiento, como sigue: ¿pueden los magistrados, por aplicación del art. 960 CCyC, aplicar a viejas relaciones jurídicas criterios contemporáneos de actualización monetaria para evitar la afectación del orden público laboral?

La respuesta puede variar según las respetables ideas y opiniones de quienes tienen la responsabilidad de darla. Sin embargo, nos parece importante resaltar que este debate no debe agotarse en la discusión de los efectos temporales de la ley; acá estamos hablando de orden público y de equidad. No se trata de analizar si corresponde aplicar la nueva ley a la vieja relación jurídica, el dilema consiste en determinar si es justo y equitativo permitir la depreciación monetaria de algunos créditos laborales.

f. La prelación normativa. El art. 963 del Código Civil y Comercial

Art. 963. Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

Un sistema jurídico que propone, como regla interpretativa, la integración de diversas fuentes legales exige un ajustado mecanismo de prelación jerárquica. Para que el diálogo de fuentes tenga verdadera utilidad es necesario que el juez disponga de una herramienta legal que le permita definir los casos dudosos. El art. 963 es una de las normas encargadas de dirimir las tensiones normativas del sistema vigente.

Desgraciadamente, este artículo en vez de resolver una cuestión tan importante como la prelación normativa determina una especie de empate que esteriliza la norma sin que se sepa su verdadera utilidad o si es que tiene alguna. En otro ensayo criticamos muy severamente la norma y su incapacidad para cumplir la misión que tenía. Para que el lector entienda bien la situación que planteamos. El

nuevo código y sus creadores nos explican que estamos regidos por un tentador, moderno y muy civilizado diálogo de fuentes legales, pero omiten decir que cuando esa plática se convierta en una acalorada discusión el árbitro del asunto decretará la única solución que no soluciona nada: el empate normativo...El primer inciso de la norma postula un desopilante empate jerárquico entre los textos legales indisponibles de la ley especial y la ley general. Se establece que la disposición imperativa y de orden público prevalece sobre la supletoria, criterio que nadie discutía, y se deja sin resolver si predomina la norma imperativa de una ley especial sobre la norma imperativa de una ley general, o cuál prevalece en caso de chocar dos normas indisponibles de dos leyes especiales. Sobre esas cuestiones hace años que venimos discutiendo, y esperábamos una solución más conducente que la alegre invitación a un diálogo de fuentes ensordecidas por los intereses sectoriales. (5)

En esta ocasión, sin declinar las severas críticas que le hicimos al art. 963, pensamos que sienta un principio que ayuda a resolver la cuestión relativa a la actualización de los créditos laborales previstos en distintas leyes. Veamos. La norma establece que en caso de concurrencia normativa entre el Cód. Civ. y Com. y otras leyes especiales, se aplicará la norma indisponible de uno u otro cuerpo legal. El predominio está dado por la categoría de la norma, prevaleciendo la que es indisponible sobre la que por ser supletoria puede ser dejada de lado por las parte. Dicho en otras palabras: cuando hay tensión normativa, tiene más importancia la noción de equidad que la autonomía de la voluntad, porque a eso se reduce la puja entre normas indisponibles y las que son supletorias.

Es por eso que pensamos que para resolver la cuestión de las actualizaciones de los créditos laborales emergentes de la ley 24.557 será posible aplicar alguna de las normas indisponibles, contenidas en

la ley especial o en el propio Cód. Civ y Com. Y siguiendo la línea de ese razonamiento, pensamos que es posible aplicar al caso concreto el art. 960 CCyC, permitiendo que el juez intervenga de oficio cuando se verifique una ostensible afectación del orden público.

Volvemos a decir que el dilema debe ser pensado en forma distinta; no se trata de decretar la retroactividad de una norma, o la inconstitucionalidad de otra, sino de examinar si en el caso concreto la insuficiencia normativa produce un severo menoscabo del orden público laboral.

En ese orden de ideas, entendemos que congelar los créditos laborales, en una época de alto impacto inflacionario, constituye una grave afectación del orden público que requiere una efectiva intervención jurisdiccional. Cabe agregarse que esa intervención no requiere, para asegurar su idoneidad o su congruencia, la declaración de inconstitucionalidad de alguna norma.

No se trata de analizar si la ley 27.348 tiene efecto retroactivo, porque no lo tiene. Alcanza con leer el art. 20 de esa ley, y el art. 7 del Cód. Civ. y Com. para desechar esa alternativa. La cuestión relativa a las actualizaciones de los créditos laborales involucra -sin dudas- el orden público; para remediar esa afectación es tan posible como necesaria la aplicación de otras leyes que conviven en nuestro ordenamiento jurídico. El diálogo de fuentes habilita la integración normativa que, al final, permite resolver cuestiones del derecho laboral con normas del Código Civil y Comercial. El orden público, el bienestar general y, sobre todo, la noción de equidad, como categoría trascendente, sin dudas prevalecen sobre la especialidad de una materia.

IV. Hacia una interpretación normativa integradora

El caso de tensión normativa que brevemente examinamos deja al descubierto una cuestión importante. La mayoría de las situaciones jurídicas pueden ser resueltas de manera diversa, y resulta harto difícil precisar cuál es el criterio más acertado para arribar a una solución justa. La cuestión es aún más delicada cuando se afectan derechos de rango constitucional; no debemos soslayar que los derechos de los trabajadores, además de tener rango constitucional, están amparados por una ley tuitiva que garantiza pisos mínimos cuya violación atenta contra el orden público laboral.

En ese orden de ideas, vamos a proponer dos interrogantes que deben ser resueltos utilizando el sistema de interpretación integral o, dicho de un modo más vanguardista, articulando funcionalmente el denominado diálogo de fuentes.

(i) ¿Es justo aplicar en nuestros días, de alta presión inflacionaria, una regla legal que fue creada para resolver situaciones dentro de un contexto de baja o nula inflación?

(ii) ¿Es posible, que los jueces ordenen, de oficio, la actualización de los créditos laborales emergentes de la ley 24.557?

A la primera pregunta, la respuesta es franca y nos exige pocas explicaciones. En escenarios inflacionarios es injusto aplicar normas creadas para resolver conflictos ocurridos cuando la sociedad no padecía los efectos -siempre negativos- de la inflación. La desactualización monetaria es una ostensible afectación del orden público que habilita la intervención oficiosa del magistrado (Conf., art. 960 CCyC).

La segunda pregunta es aún más fácil de evacuar que la primera porque ella sigue la misma línea argumental que la anterior. Toda vez que es injusta la aplicación de una misma regla para resolver contextos socioeconómicos distintos (estabilidad monetaria v. inflación) compete a los magistrados la búsqueda de soluciones legales que restituyan la equidad.

No puede ser equitativa una solución legal que permita -en simultáneo- la depreciación de los créditos laborales de los trabajadores y las obligaciones de pago de las aseguradoras de riesgo del trabajo. Ese es el núcleo de la cuestión: la desactualización perjudica tanto a los trabajadores como beneficia al sector de las aseguradoras. En sumario: el actual sistema normativo parece permitir el empobrecimiento del sector de los trabajadores y el enriquecimiento del sector empresario dedicado al aseguramiento de los riesgos laborales.

a. El ejercicio irregular de un derecho. El art. 10 del Código Civil y Comercial

El planteo con el que cerramos el acápite anterior nos acerca mucho a un caso de abuso o ejercicio irregular del derecho. Nos parece abusivo e irregular que las aseguradoras se beneficien, por aplicación ciega de una norma, en proporción directa al perjuicio que sufren los trabajadores. Es en este punto donde, a nuestro criterio, entra a jugar la norma contenida en el art. 10 del CCyC. Se transcribe el texto:

Art. 10. Abuso del derecho. 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. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Permitir que las ART se liberen de su obligación de pago por el cumplimiento de la obligación legal dispuesta en el art. 12 de la ley 24.557, sin aplicar ninguna forma de actualización de los créditos, equivale a permitir que, mes a mes, se deprecien los créditos laborales. No es adecuado a derecho tolerar que se deprecie el crédito del trabajador al tiempo que se incrementa la rentabilidad del negocio de las ART. Cada centavo no actualizado, es una obviedad decirlo, perjudica al obrero y beneficia a la aseguradora que se desobliga pagando un valor nominal que muy poco tiene que ver con los valores de mercado.

La equidad es, como ya dijimos, una categoría trascendente y el principio jurídico más importante del sistema legal. Cuando esa noción no aparece en los textos legales debe ser encontrada por el juez. El magistrado debe interpretar el sistema normativa en forma integradora, logrando con su actividad que los criterios de equidad se impongan sobre otros de menor importancia y peor contenido valorativo.

El Código Civil y Comercial le exige a los jueces una mayor intervención en los asuntos particulares porque confía en que esa actividad jurisdiccional es esencial para encontrar el pulso vivo de la equidad, a veces perdido entre los escombros de leyes viejas y reglas rancias. Aída Kemelmajer, siempre lúcida, dice al respecto: Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el Código cree que los jueces deben aplicarlo, pues -como dice Carlos

Cossio - ‘quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas...Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida...La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación. (5)

V. Terminaciones

Toca ahora poner un poco de orden a las ideas dispersas en este breve comentario.

i) En la actualidad, y en el marco de las relaciones jurídicas del derecho laboral, viene sucediendo una colisión normativa entre lo dispuesto por el art. 12, ley 24.557 y el art. 11, ley 27.348;

ii) Esta puja normativa involucra a otras normas provenientes de diversos cuerpos legales, como el art. 7, 10, 960, 963 del CCYC;

iii) La concurrencia simultánea de normas pertenecientes a leyes generales o especiales, requiere de un esfuerzo interpretativo. El llamado diálogo de fuentes, en tanto permite articular de manera horizontal normas jurídicas de distintos ordenamientos, es un criterio útil para resolver tensiones normativas;

iv) Conforme surge del art. 960 CCyC, los jueces pueden intervenir de oficio en las relaciones jurídicas individuales. Esa intervención, si bien es restringida, está permitida en casos de manifiesta afectación del orden público laboral.

v) La desactualización de los créditos laborales, y los obstáculos para su debida actualización constituye causal de afectación del orden público que habilita la intervención de oficio descripta en el art. 960 CCyC.

vi) El efecto inmediato de la prohibición de actualizar los créditos laborales emergentes de la Ley de Riesgos del Trabajo, es que las aseguradoras de esos riesgos se liberen de sus obligaciones mediante un pago nominal muy inferior al que deberían pagar, si los créditos debidos fueran actualizados a los valores del mercado. Esa situación, de empobrecimiento del sector de los trabajadores y enriquecimiento del sector de las aseguradoras, además de afectar la equidad y el orden público, constituye un caso de abuso de derecho en los términos del art. 10 CCyC

vii) No se trata de asignarle a una norma jurídica el efecto retroactivo que no le corresponde, ni de declarar la inconstitucionalidad de normas que no son estructuralmente contrarias a la Constitución. La equidad es el criterio principal que subordina al resto de los principios generales del derecho.

Referencias Bibliográficas

- (1) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado, Buenos Aires, Astrea, p 317.
- (2) Shina, Fernando, Un nuevo dilema: La eficacia temporal de las leyes en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Diario DPI, Nro 94, 18.10.2016.
- (3) Shina, Fernando, Un nuevo dilema: La eficacia temporal de las leyes en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Diario DPI, Nro 94, 18.10.2016.

(4) Shina, Fernando, La Ley de Defensa del Consumidor v. la Ley de Seguros. El insustancial diálogo de fuentes y los empates jerárquicos La solución constitucional, Buenos Aires, Diario DPI, Nro 115, 2/05/2017.

(5) Zannoni - Mariani de Vidal - Zunino - Shina - Ramos, Código Civil y Comercial Concordado, Buenos Aires, Astrea, p. 11.

La teoría de los actos propios en el derecho laboral

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/>

Cita online: IJ-CDLXVIII-954

[Consultado el: 04/10/2021]

I. Presentación

Cuando inauguramos un trabajo, y también cuando un incipiente rayo de amor parece iluminar nuestra existencia, la ilusión y el optimismo nos invaden. Es muy probable que debido a ese entusiasmo nos esforcemos para causar una buena impresión entre nuestros superiores en general, y nuestro jefe en particular, y así acortar las distancias temporales que separan nuestro puesto de trabajo del que añoramos lograr pronto. Ese entusiasmo y esa ambición tan positiva que predomina en casi todos los hombres, quizás sirva para explicar porque muchas veces realizamos en nuestro trabajo real las tareas propias del trabajo que anhelamos. Quien recibe esa saludable muestra del optimismo humano, seguramente disfruta de ese compromiso del empleado y aguarda el momento oportuno para premiarlo con un ascenso. Sin embargo, ¿qué ocurre mientras tanto? Veamos el dilema: ¿es justo trabajar por una tarea de jerarquía y recibir un sueldo básico? ¿Quién voluntariamente trabaja de más, puede pedir una mayor paga por cumplir una prestación para la cual no fue contratado? ¿Quién recibe esa prestación mejorada puede aprovecharla gratuitamente?

Todos los días llegan a tribunales asuntos laborales que tratan sobre diferencias salariales. Muchas de esas diferencias tratan el caso de empleados que realizan, durante un tiempo prolongado, las tareas correspondientes a una categoría laboral superior pero que no reciben la remuneración correspondiente a las tareas de mayor jerarquía que le dan al empleador.

Voy a anticipar la solución que proponemos en este breve ensayo. El empleador, que es quien organiza el trabajo, está obligado a pagar el salario correspondiente a la tarea que realiza el empleado. A nuestro modo de ver, no es justo permitir que ese empleador se desobligue pagando el salario básico, sino que debe pagar por la tarea realmente ofrecida por el obrero. Ello, por más que expresamente se haya estipulado que el empleado ingresaba para desempeñar la tarea correspondiente al salario que recibe de su empleador.

II. Las soluciones conocidas

Desde hace rato, la jurisprudencia viene proponiendo diversas soluciones para solucionar los conflictos derivados de esta clase de diferencias salariales. Veamos cada una de ellas:

(a) Inexistencia de diferencias salariales. Una primera solución consiste en negar el derecho del obrero a pretender una paga mejor. En estos casos, los fallos rechazan el planteo del trabajador aduciendo que si no existe un nombramiento específico del cargo el empleado no puede manifestar que cumplió otras funciones y pretender por ellas un mayor salario.

(b) Enriquecimiento sin causa. Otra corriente doctrinaria y jurisprudencial, acepta el planteo del operario, explicando que negarle al obrero un salario acorde a sus tareas significaría un enriquecimiento

injusto del empleador que se desobliga pagando un salario que no se corresponde con el trabajo efectivamente realizado.

(c) El principio de la realidad. En la misma línea que proponen los adherentes de la teoría del enriquecimiento sin causa, algunos fallos le dan primacía a al reclamo del trabajador, sosteniendo que debe prevalecer el principio de la realidad sobre la letra de un convenio o de una resolución administrativa.

(d) Una vieja doctrina de la Corte Suprema. La Corte Suprema, en el caso Chedufau de Pinto (2010), rechazó el planteo del obrero, siguiendo el criterio descripto en primer punto. La CSJ estableció que si no hay creación administrativa del cargo y reserva de la partida presupuestaria para pagarlo, no corresponde pagar diferencias salariales.

La doctrina sentada en este fallo, a nuestro modo de ver, ya no resulta aplicable porque ella fue creada cuando todavía no había sido derogado el Código Civil y sustituido por el que hoy está vigente y que, entre otras modificaciones, incluyó la teoría de los actos propios en el art. 1067. En ese sentido compartimos la opinión de Waldo Sobrino quien sostiene que los fallos de la Corte Suprema dictados con anterioridad a la vigencia del código Civil y Comercial tienen, en el mejor de los casos, una eficacia residual y una nula proyección hacia el futuro: Es muy importante legalmente realizar esta aclaración, dado que, más allá de algunas citas del Código Civil y Comercial que se realizan en la sentencia sub examine, la realidad es que no se aplicó normativamente el nuevo Código Civil y Comercial. De manera tal que es sustancial señalar que la sentencia “Flores” no tiene una proyección para el futuro, dado que el sustento normativo fue el antiguo Código Civil de 1871 (1).

En sentido similar, al analizar el caso Chedufau de Pinto veremos que ese fallo contiene una doctrina que hoy resulta inaplicable por la vigencia, entre otros, de los arts. 1067 y 1794 del Código Civil y Comercial.

III. La teoría del enriquecimiento sin causa

a) Presentación: Horacio Schick, citando a López Mesa, señala que el enriquecimiento sin causa es un desplazamiento patrimonial sin correlato o contraprestación, por lo que se produce un empobrecimiento en una persona y un enriquecimiento correlativo en otro, sin causa legítima que los vincule... Por lo tanto, para que tenga lugar esta situación debe existir la relación de causalidad entre una persona empobrecida y otra enriquecida, pues la necesidad de esta conexión es, por lo demás, fácilmente justificable, por cuanto mal podría acordarse la acción de in rem verso, si empobrecimiento y enriquecimiento fueran independientes y distintos (2).

En la hipótesis que analizamos, es bastante evidente que el enriquecimiento del patrón obedece a que paga de menos por el verdadero trabajo que recibe, siendo aún más evidente que el correlato de esa renta injusta es el empobrecimiento del obrero que recibe menos de lo que le correspondía. En pocas palabras, la riqueza de uno y el empobrecimiento del otro tiene vinculación causal ineludible; más aún: tienen causa idéntica.

Si el trabajador demuestra (por cualquier prueba que logre convicción) que el empleador se benefició al abonar un salario menor al que debía por la tarea realmente recibida, debe pagar la diferencia salarial.

b) Jurisprudencia. Veamos cómo aplica la jurisprudencia reciente el instituto del enriquecimiento sin causa

1) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han delineado como requisitos de procedencia de la acción de restitución a los siguientes: a) que exista un enriquecimiento del demandado; b) que exista un empobrecimiento del demandante, entendido como una disminución en su patrimonio, ya sea por la pérdida efectiva de bienes, de trabajo o de tiempo; c) que exista una relación causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante; d) que no exista causa lícita que justifique el enriquecimiento, en tanto nadie tiene la obligación de devolver lo que ganó por un título legítimo; y e) que no exista otra acción específica y útil para canalizar el reclamo del accionante (Voto del Dr. Sáez Capel, Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Peña, Walter c. GCBA s/cobro de pesos, Sentencia del 14/03/2012) (3).

2) En este contexto, debe señalarse que la doctrina, en forma unánime, sostiene la existencia en nuestro derecho del enriquecimiento sin causa. Así, se ha establecido que son requisitos de la acción in rem verso el enriquecimiento del demandado que puede incluso derivar de un lucro emergente o de un daño cesante (ALTERINI, Atilio, Ameal, Oscar José - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 728), el empobrecimiento del demandante configurado por toda disminución de su patrimonio, sea por pérdida efectiva de bienes o por pérdida de trabajos o de tiempo (BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. n, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 520). Y la relación de causalidad entre uno y otro, la ausencia de causa y la carencia de toda otra acción (4).

3) Se satisface así el requisito de causalidad puesto que un mismo hecho ha motivado el empobrecimiento de la empresa de seguridad y el enriquecimiento del Gobierno de la Ciudad, de manera tal que asiste a la actora el derecho de recuperar las facturas adeudadas por el Gobierno demandado, por el monto que surge de la liquidación practicada... (5).

Para que proceda la indemnización por enriquecimiento incausado es menester que se cumplan simultáneamente una serie de requisitos: enriquecimiento del demandado, empobrecimiento del actor, relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento y ausencia de causa legítima. También se ha admitido que para que sea procedente la actio in rem verso, el perjudicado no debe disponer de otra acción para reclamar su resarcimiento... (6).

IV. El enriquecimiento sin causa en el Código Civil y Comercial

Lo dicho en el acápite que precede encuentra ahora mayor apoyo legal porque el Cód. Civ Com ha incluido la acción de enriquecimiento sin causa en su articulado.

Art. 1794 CCyC. Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

La Comisión Redactora del Código, al presentar el nuevo instituto señalan que su inclusión en el ordenamiento es un viejo

anhelo que estuvo presente en todos los proyectos de reforma, del código velezano. El pago sin causa como género y el pago indebido como especie están ahora incluidos en los arts. 1794 a 1799. Los fundamentos para su incorporación fueron explicados por la Comisión Legislativa; el enriquecimiento sin causa es definido de la siguiente manera: toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda. Luego se establece que la acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido (7).

La acción, propia del derecho laboral, cuyo objeto es el cobro de diferencias salariales es el ámbito adecuado para que el obrero obtenga, como bien dice la Comisión Redactora, la reparación del empobrecimiento sufrido.

V. Predominio de la realidad: la seguridad jurídica vs. la equidad

a) Presentación. En este punto vamos a ver cómo se relaciona lo real con lo instrumental. Para resolver este dilema hay que determinar si prevalece lo formal (contrato, convenio, resolución administrativa) sobre el acontecimiento cierto (el trabajo realizado).

Cuando las tareas que efectivamente realiza el empleado no coinciden con la descripción formal del trabajo, ¿qué regla se debe seguir: la del contrato o la de los hechos? Si prevalece el contrato sobre lo real es obvio que se estará dándole a la seguridad jurídica un predominio absoluto que pasa por encima de la equidad. Es evidente

que lo justo equitativo es pagar por el trabajo efectivamente realizado. Si la descripción del contrato prevalece sobre lo real nuevamente habrá prevalecido la seguridad jurídica sobre la equidad.

Si un trabajador (mucho más en el caso del empleo público) ingresa a la planta con una categoría laboral determinada, pero sus jefes le asignan tareas para un cargo de superior capacitación, lo equitativo es que el trabajador cobre por su trabajo y no por lo que estipula la resolución del nombramiento.

Como se ve, el principio de la realidad enfrenta lo formal contra lo sustancial, pero también contrapone a dos categorías jurídicas esenciales para el ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica y la equidad. Los fallos que le dan la razón al operario más allá de la estipulación contractual, o el convenio colectivo, o la resolución administrativa, le asignan ventaja a la equidad sobre la seguridad en las relaciones jurídicas. Es ese el criterio que compartimos desde siempre: la equidad es la regla que subordina a todos los principios generales del Derecho.

Una relación jurídica puede ser más o menos insegura, dependiendo de contextos cambiantes; ese nivel de incertidumbre puede ser tolerado por un sistema normativo. Empero, jamás puede concebirse racionalmente la idea de una relación jurídica legalmente injusta; lo injusto no puede estar enquistado en la legalidad porque son conceptos antagónicos.

El principio de la realidad quizás sea el más próximo a la justicia porque, en definitiva, nos muestra el acontecimiento real; es sobre ese acontecimiento que se predica la equidad o la injusticia particularizada. La legalidad es, en algún sentido, abstracta y la equidad es, en ese mismo sentido, concreta. Sin embargo, lo abstracto

y genérico que hay en la legalidad (la ley, el contrato, la resolución administrativa) no puede concretarse en un acto injusto, porque en ese momento se reformula y deja de ser legal.

El inimitable Aristóteles advertía sobre esta posible dicotomía entre lo abstracto y genérico y lo concreto: lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general... Por lo tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias (8).

En suma: Si lo cierto es que un trabajador cumplió tareas gerenciales, no es justo que reciba la paga de un operario de menor jerarquía. En caso de disputa debe prevalecer siempre lo real (que es lo equitativo en el caso concreto) sobre la estipulación que, necesariamente, es de contenido abstracto y genérico.

b) Jurisprudencia. La jurisprudencia del fuero laboral es firme en cuanto a sostener que en las relaciones de trabajo la realidad tiene primacía sobre lo estipulado formalmente en un contrato o convenio.

1) Rige en materia laboral el principio de primacía de la realidad, receptado, entre otros, en el art. 14 de la LCT, que está destinado a combatir el fraude en perjuicio del trabajador, puesto que el contrato de trabajo es un contrato realidad donde más interesan los hechos que ciertamente ocurren que el simple formalismo o la formalidad documental (9).

2) Así, considero que lo resuelto no importa la violación del principio de congruencia. Lo entiendo de este modo, puesto que las decisiones del sentenciante no pueden hacer oídos sordos a la realidad en la cual se enmarca el proceso en su conjunto, y la traba de la litis en particular. En base al Principio de la Realidad no puede el juez ceder nunca ante una pretendida seguridad jurídica, que arrojará a un resultado final técnicamente “injusto”, puesto que inclusive dicha seguridad, para subsistir, debe funcionar en el contexto de los hechos: en la realidad misma. Por lo tanto, si los hechos de la traba de la litis se vieron afectados por los hechos y plataforma material de la realidad general, como se observara anteriormente por la gran inflación, el juez debe tenerlos en cuenta a la hora de fallar, y de dictar resoluciones aún posteriores a la sentencia misma, sin poder pretender “pensar el caso”, bajo un status quo económico-social idéntico, cuando ya no existe (10).

3) Porque si bien la “autonomía de la voluntad” debe tener como regla interpretativa la buena fe de las partes, es en el derecho del trabajo (para el cual la primacía de la realidad es un principio capital) donde resulta en particular relevante considerar lo que “verosíblemente entendieron o pudieron entender los firmantes, obrando con cuidado y previsión, arts. 1198 Cód. Civil y arts. 63 y ccs. de la LCT”, CNAT, Sala IX, Sd. del 17 de setiembre de 1998, in re “Maller, Gustavo Sergio y otros c/ YPF s/ accionario obrero”). Porque no siempre la hipótesis es de que el trabajador “no ha comprendido los alcances del acuerdo”, muchas veces nos encontramos con empleados superiores de alta capacitación, como en la especie, donde el trabajador comprende perfectamente que si no acepta, pierde la fuente de trabajo” (11).

4)... las decisiones del sentenciante no pueden hacer oídos sordos a la realidad en la cual se enmarca el proceso en su conjunto, y

la traba de la litis en particular. En base al Principio de la Realidad no puede el juez ceder nunca ante una pretendida seguridad jurídica, que arrojará a un resultado final técnicamente “injusto”, puesto que inclusive dicha seguridad, para subsistir, debe funcionar en el contexto de los hechos: en la realidad misma (12).

VI. La Corte Suprema. El caso Chedufau de Pinto (13)

a) Presentación. Antes de examinar este asunto, es importante señalar dos cuestiones. En primer lugar, hay que decir que se trata de un caso laboral que involucra al Estado y su caótica maraña de resoluciones administrativas. En segundo término, debe tenerse en cuenta que es un veredicto anterior al Código Civil y Comercial (agosto de 2015). Hecha esta salvedad, que no alcanza para superar el desacuerdo profundo que tengo con el fallo, la Corte se expidió en contra del reclamo del obrero. Para la CSJ, si no hay acto administrativo de creación del cargo y, por lo tanto, no hay partidas presupuestarias para pagarlo no corresponde el pago de las diferencias salariales reclamadas. En pocas palabras, la Corte en el caso Chedufau de Pinto, entendió que prevalece la formalidad administrativa sobre la realidad del trabajo realizado por el trabajador.

No es la primera vez, debo decir con pena, que esta Corte Suprema favorece las apariencias formales sobre las realidades concretas; en ese camino, que enfrenta luces con tinieblas, no vacila en perjudicar, reiteradamente, a los sujetos más vulnerables de cada relación jurídica, sea a los usuarios y consumidores sea a los trabajadores (14).

La síntesis del argumento de la Corte en Chedufau de Pinto: Si bien la jurisprudencia constante de la Corte expresa que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y

condiciones sustanciales y requisitos formales en ella previstos para ser titular de un derecho determinado, debe considerarse que hay derecho adquirido, no corresponde en autos aplicar tal doctrina toda vez que la disposición es clara en cuanto a que es necesario el dictado de un acto administrativo que apruebe suplemento y, por lo tanto, sea éste constitutivo del la designación del derecho. En el sub lite, no solamente dicho acto no se materializó sino que, además, la norma no fue impugnada por la actora. A mayor abundamiento, el artículo en cuestión prevé que el suplemento se cobrará a partir del mes siguiente del acto de aprobación; en consecuencia, no habiendo sido tampoco atacada esta premisa, se corrobora el efecto constitutivo de derecho del acto, por lo que mal podría pretenderse su cobro sino desde la fecha en que el acto fuere dictado (15).

En resumen la Corte dictamina que el acto administrativo es constitutivo del derecho.

b) Inaplicabilidad de la doctrina contenida en Chedufau de Pinto. Como habíamos dicho al comenzar este acápite, se trata de un fallo de la CSJ dictado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que, por imperio de la ley 26.994, derogó el viejo Código Civil de Vélez. El veredicto dado por el Superior en el caso Chedufau de Pinto no tiene ninguna proyección futura puesto que se elaboró en base a normas que hoy están derogadas y que, además, fueron sustituidas por otras. Alcanza para probar el anacronismo que pesa sobre este fallo que en sus días no estaban vigentes en el Código ni la teoría del enriquecimiento sin causa (art. 1794 y siguientes del CCyC) ni la teoría de los actos propios (art. 1067 CCyC).

Esta circunstancia determinante convierte a Chedufau de Pinto en un testimonio referencial o histórico pero nunca en una

doctrina judicial aplicable en el futuro. Como bien dice Sobrino, antes citado: Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia no son obligatorias para los jueces de nuestra patria. Incluso, más importante que el punto anterior, se debe recordar que la sentencia “Flores” fue dictada con las pautas del Código Civil de Vélez Sarsfield. Como consecuencia de ello, el fallo “Flores” no marca absolutamente ninguna pauta o doctrina judicial para los jueces, dado que se fundamentó en un Código derogado (16).

En sumario: si la Corte debiera ocuparse de tratar un caso similar a este con la legislación vigente es altamente probable que dictara otro fallo y de no hacerlo dictaría un fallo en base a leyes derogados que sería, como lo es este mismo, inaplicable .

VII. La doctrina de los actos propios

a) Presentación. Toda incoherencia supone una contradicción que perjudica el razonamiento del buen pensador, o a la rectitud de la persona cambia su forma de actuar sorpresivamente y sin un motivo que permita anticipar el cambio. En ambos casos, esa incongruencia sólo afecta a su titular quien tarde o temprano verá afectada su aceptación social porque a nadie le gusta que las cosas cambien abruptamente y sin motivo. Esa brusquedad de los cambios siempre deja secuelas en quienes fueron sorprendidos por una modificación que no esperaban.

b) La contradicción y el derecho. Además de esos episodios, que solamente tiene consecuencias sociales, también puede ocurrir que los cambios sorpresivos de la conducta produzcan consecuencias jurídicas. En ese plano, que excede lo puramente individual y privativo del sujeto, interviene el derecho porque puede haber una afectación de la buena fe negocial. En resumen: los cambios de

conducta, en el marco de las relaciones jurídicas, pueden ser contrarios a la buena fe. La doctrina de los actos propios prohíbe así la sorpresa, la volubilidad en el actuar y la emboscada, preservando el ámbito del litigio judicial, pero también el de las relaciones obligacionales y contractuales de los cambios bruscos de conducta, sean estos culposos o malintencionados. Esencialmente la llamada doctrina de los actos propios... constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad reconocida al sujeto que luego pretende variar de comportamiento (17).

VIII. La doctrina de los actos propios en el Código Civil y Comercial

a) Presentación. El derecho prohíbe los cambios sorpresivos e incoherentes que pueden afectar la buena marcha de las relaciones jurídicas. En eso consiste, precisamente, la llamada doctrina de actos propios que hoy es receptada en el Cód. Civ. y Com.:

Art. 1067.- Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

López Mesa, unos cuantos años antes, señalaba: La doctrina de los actos propios constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe. Lo concreto es que la buena fe no consiente el cambio de actitud en perjuicio de terceros, cabe reiterar, “cuando la conducta anterior ha generado en ellos expectativas de comportamiento futuro...” (López Mesa, Marcelo, La doctrina de los actos propios y sus efectos en el derecho argentino y comparado..., Buenos Aires, Microjuris, 23-07-2009, Citar: MJD 4328).

Coincido con la cita doctrinaria. Aparecen, entonces, dos cuestiones que deben tenerse en cuenta. Veamos. En primer término, hay que tener presente que en el ámbito de las relaciones jurídicas, los cambios abruptos afectan la buena fe que debe regir a todo negocio jurídico. En segundo lugar, hay que examinar si -efectivamente- el cambio de conducta supone una frustración de las razonables expectativas. No cualquier cambio es ilícito, sino que la ilicitud se concreta cuando la modificación abrupta perjudica a un interés concreto. En este punto, hay que precisar que se considera como interés jurídicamente tutelado a las razonables expectativas que las personas tienen acerca de que no se producirán cambios en la marcha de las relaciones jurídicas que han emprendido. Dicho en otras palabras: las razonables expectativas constituyen un interés jurídicamente relevante y tutelado por el sistema legal.

Dicho esto, caben dos interrogantes que nos permitirían llegar a la mejor conclusión del problema que planteamos: ¿es lícito que un trabajador que realiza un trabajo de jerarquía tenga razonables expectativas de recibir una retribución acorde a esa tarea? ¿actúa de buena fe quien luego de recibir tareas de jerarquía se resiste a pagar la mejor retribución salarial?

Así planteadas las cosas, no tenemos dudas en responder afirmativamente al primer dilema y en forma negativa al segundo. El trabajador tiene razonables expectativas de recibir un pago acorde a las tareas realizadas y, quien aceptó esas tareas creó las expectativas que luego no puede frustrar alegremente y sin consecuencias. Es esa la contradicción que no puede estar amparada por el ordenamiento; es evidente que si alguien recibe una prestación debe pagar por ella su valor. El sistema legal debe proteger las razonables expectativas como si ellas fueran un interés concreto porque, en definitiva, ellas representan un interés legítimo y, al mismo tiempo, la buena fe.

b) La facultad de dirección y los actos propios en el derecho laboral. No resulta razonable pensar que a un trabajador se le pueda ocurrir que debe realizar una tarea determinada y, unilateralmente, poner en práctica esta ocurrencia a espaldas de su empleador. La facultad de dirección cargo del empleador surge de los arts. 64 y 65 LCT. La primera norma dice textualmente: El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento (Art. 64 LCT). La segunda norma dispone: Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación de los derechos personales y patrimoniales del trabajador.

En conclusión: es fácticamente impensable y jurídicamente imposible que un empleado se asigne -unilateralmente- funciones que no le corresponden. El empleador organiza el trabajo de su empresa, y le indica a cada empleado las tareas que debe realizar. Esta regla, esencial para optimizar la eficiencia laboral, también se aplica a la elefantina organización laboral de la administración pública.

Ningún empleador, ni público ni privado, puede aprovecharse de sus omisiones y permitir que un trabajador desempeñe trabajos jerárquicos y luego pagarle salarios básicos. La buena fe implícita en la teoría de los actos propios prohíbe lesionar la confianza, la buena fe, y también el derecho de propiedad de los trabajadores.

En el caso Chedufau de Pinto, la Corte omitió decir que las mismas normas que le prohibían al trabajador hacer un trabajo distinto al descrito en el acto de designación, le impedían al empleador recibirlo. El Estado aprovechó una prestación laboral pero

al momento de pagarla se escudó en las mismas normas que no cumplió.

Esa incoherencia, que es cínica, deliberada y bastante perversa, lesiona la buena fe y pone en marcha la teoría de los actos propios. Vuelvo, en este punto a coincidir con López Mesa: Para admitir que alguien desande lo que ha andado debe justificar que su conducta voluble no vulnera el principio general de la buena fe, para lo cual es requisito que el sujeto que pretende cambiar de conducta justifique la regularidad jurídica y moral de ese cambio y, si las ha tenido, explicita las razones que han provocado su error (López Mesa, Marcelo, La doctrina de los actos propios y sus efectos en el derecho argentino y comparado, Buenos Aires, Microjuris, 23-07-2009, Citar: MJD 4328).

El empleador que se niegue a pagar por la prestación laboral que recibió sin quejas deberá explicar, como dice López Mesa, la regularidad moral y jurídica de su cambio de temperamento.

El art. 1067 del reciente Código Civil y Comercial, cierra el círculo dándole a las expectativas razonables, y la confianza, el rango de bienes jurídicos merecedores de tutela efectiva. La teoría de los actos propios va en esa dirección y no hay ningún motivo que impida aplicar este criterio a las relaciones laborales.

IX. Terminaciones

Se proponen algunas conclusiones para ordenar las ideas propuestas en este trabajo:

1) La prestación laboral efectivamente realizada por el empleado es lo que determina la categoría salarial del trabajador.

2) El empleador que recibe una prestación laboral determinada debe pagar por ella su valor.

3) Pagar el precio de una prestación de menor jerarquía a la efectivamente recibida implica un enriquecimiento sin causa del empleador y un empobrecimiento del empleado.

4) El art. 1794 del Cód. Civ y Com. prohíbe el enriquecimiento sin causa y prevé acciones específicas para remediarlo.

5) El empleador que recibe una determinada prestación laboral y se niega a pagar su valor, vulnera la teoría de los actos propios. El empleador es quien organiza el trabajo de su empresa y, por tanto, no puede invocar que las tareas realizadas por el trabajador no fueron las convenidas.

6) La teoría de los actos propios ha sido incluida, en forma expresa, en el art. 1067 del Cód. Civ y Com.

7) El principio de la realidad prevalece sobre el contrato, el convenio o la resolución administrativa. La regla de la equidad en las relaciones jurídicas se impone sobre la seguridad jurídica instrumental.

8) Corresponde el reclamo por diferencias salariales cuando el trabajador recibe en pago un salario que no se corresponde con las tareas que efectivamente realizó.

Referencias Bibliográficas

- (1) Sobrino, Waldo, El fallo Flores de la Corte Suprema de Justicia. Su inaplicabilidad con la vigencia del Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, 30-08-2017, Citar online: AR/DOC/2181/2017
- (2) Schick, Horacio, Responsabilidad civil de las ART en virtud del artículo 1074 del Código Civil, Buenos Aires, Microjuris, 25-09-2009, Citar: MJD 4396
- (3) Albor Seguridad S.R.L. c/ GCBA, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 23-08-2014, Buenos Aires, Microjuris, Citar: 88232.
- (4) Estructuras y Servicios S.A. c/ CCBA, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, 7-07-2015, Buenos Aires, Microjuris, Citar: 94613.
- (5) Albor Seguridad S.R.L. c/ GCBA, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 23-08-2014, Buenos Aires, Microjuris, Citar: 88232.
- (6) Siro S.A. c/ Banco Patagonia S.A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 29-06-2016, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ105576.
- (7) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 486.
- (8) Aristóteles, *Ética nicomaquea*, (Trad) Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2004, p. 198.
- (9) Salvagno Roberto c/ Pedro Fortuny S.A., Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, Sala Segunda, 25-04-2013, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 81053
- (10) Brea Aníbal Héctor c/ Provincia Seguros S.A, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 13-02-2015, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 92608

- (11) Ferre Fernando Emilio c/ Frigorifico Calchaqui Productos 7 S.A, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 13-02-2015, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 92643.
- (12) Ferre Fernando Emilio c/ Frigorifico Calchaqui Productos 7 S.A, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, 13-02-2015, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 92643.
- (13) Chedufau de Pinto, Maria Lilian c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y DDHH, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/06/2010, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 55810.
- (14) El reducido marco de este ensayo nos impide referirnos al caso Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo (CJS., 6/06/2017), donde la Corte borra de un plumazo años de elaboración doctrinaria en favor de los derechos del consumidor.
- (15) Chedufau de Pinto, Maria Lilian c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y DDHH, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/06/2010, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 55810.
- (16) Sobrino, Waldo, El fallo Flores de la Corte Suprema de Justicia. Su inaplicabilidad con la vigencia del Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, 30-08-2017, Citar online: AR/DOC/2181/2017.
- (17) Marcelo, La doctrina de los actos propios y sus efectos en el derecho argentino y comparado..., Buenos Aires, Microjuris, 23-07-2009, Citar: MJD 4328.

Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial

Comentario al fallo “Flores vs. Giménez” de CSJN *

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/>

Cita online: elDial DC2431

[Consultado el: 04/10/2021]

i) Presentación

En el estudio de la psicología humana, la regresión es un fenómeno de la conducta que describe como un sujeto vuelve a comportarse como si fuera un individuo de menor madurez. La regresión no es un retardo sino un retroceso emocional porque implica una maduración que primero se alcanza y luego se pierde o se abandona. Los motivos del fenómeno regresivo son múltiples, pero todos coinciden en que se trata de una dependencia emocional del sujeto con hechos traumáticos de su pasado; un destello de la infancia que todavía lo subordina en su vida adulta.

La regresión afecta particularmente a los niños. Es muy frecuente que mientras van creciendo y madurando sufran notables involuciones de la conducta que tanto preocupan a padres y docentes. Así, el joven que está a punto de terminar sus estudios o de ingresar al mundo laboral, puede pasar días enteros jugando a la Playstation; y el amante que inaugura sus labios con promesas de amor y besos que ilusionan, repentinamente se comporta como un colegial asustadizo y un poco mamerero. Los efectos de la regresión pueden ser devastadores para la vida de relación.

Esta introducción me permite formular algunos interrogantes útiles para este comentario. ¿La ciencia jurídica puede describir fenómenos regresivos? ¿Es posible alcanzar un estado jurídico de madurez y retroceder al estadio anterior? ¿Hay motivos que expliquen y justifiquen el retroceso? ¿La regresión jurídica tiene cura?

Vamos a tratar de buscar algunas explicaciones de por qué la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente (Flores v. Giménez (1), Septiembre de 2017) aplicó doctrinas propias del siglo XIX. La Corte Suprema sufre los efectos de una regresión jurídica bastante pronunciada. Es conveniente revertir esta tendencia desfavorable para la sociedad.

ii) La regresión jurídica.

En este caso, la regresión es doblemente penosa porque no sólo implica un retroceso sino también la pérdida de un estado que se había conquistado con el dolor que todas las conquistas suponen y con la frustración que implica su abandono.

Para que se vea la intensidad de la contramarcha sufrida hay que examinar a qué punto de madurez jurídica habíamos llegado a principios del siglo XXI. Por entonces, Ricardo Lorenzetti nos decía: En los últimos treinta años del siglo XX, se decidió dar un paso más amplio en la protección: no sólo la posición en la relación obligatoria, no solo la posición en un contrato típico. Surge la noción de consumidor, se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación o con un contrato en particular. Engloba una cantidad de contratos disímiles, de actos jurídicos unilaterales y de hechos jurídicos. Toma en cuenta la posición de debilidad estructural en el mercado (2)

Este pensamiento, que compartimos plenamente, describe la existencia de un nuevo sujeto de derecho: el consumidor de bienes y servicios que se hace más visible a finales del siglo XX. El consumidor es un individuo estructuralmente débil que necesita mayor tutela jurídica.

Esta concepción del sujeto consumidor nos ponía, junto a Brasil, a la vanguardia de las naciones que iban incorporando leyes protectorias de los consumidores en sus ordenamientos. La primera versión de la ley 24.240 y sus modificaciones, entre las que destaca principalmente la ley 26.361, pusieron a la Argentina entre las naciones de Sudamérica más experimentadas en el derecho del consumidor. (3)

Lorenzetti, nos ofrecía reflexiones como esta: El contrato no es un asunto individual, sino que ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes. La sociedad, representada por el Estado y otras entidades soberanas, se atribuye el control de una parte esencial del Derecho contractual. A la sociedad le interesa que haya buenos contratantes, que obren bien, socialmente, y ello configura una nuevo espíritu contractual que puede denominarse 'principio de socialidad'. En base a ello se imponen obligaciones a los contratantes. (4)

Estas nuevas tendencias doctrinarias claramente señalaban que el contrato moderno, tras un siglo y medio de reinado de la teoría velezana, dejaba de estar subordinado exclusivamente a la autonomía de la voluntad. La llamada socialidad del contrato representa, a nuestro modo de ver, el punto de madurez necesario para que la Equidad ocupe un lugar de privilegio en la dialéctica que la enfrenta al concepto de seguridad jurídica. En efecto, en la base de todo

conflicto normativo hay una puja entre la Equidad y la seguridad jurídica.

Los contratos tienen que ser tan seguros y justos para las partes como útiles para la sociedad. En sumario: el derecho privado se ha vuelto más público y el contrato privado más colectivo: Desde una perspectiva valorativa, para la consecución de 'lo justo' el Código receipta el citado fenómeno de la 'constitucionalización del derecho privado' que establece una comunidad de principios propios de la Constitución, el derecho público y el privado. Así, en el nuevo paradigma que anima e identifica al actual 'Estado de Derecho Constitucional', la Constitución se ha convertido decididamente en una fuente crucial del derecho, es la fuente encargada de controlar a las demás fuentes.(5)

iii) La inclusión de los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial: una señal de madurez jurídica.

El 1 de agosto de 2015 comienza la nueva era de un derecho más integrado a la sociedad y sus necesidades actuales. El Código Civil y Comercial es, sin dudas, la ley más importante de nuestro Derecho privado; empero, su importancia no radica en las muchas normas novedosas que ofrece, sino en que actúa como una imprescindible actualización de las necesidades de una sociedad que ha cambiado.

La Comisión Redactora del anteproyecto del Código nos señalaba el camino que la Teoría General del Contrato iba a seguir, que no era distinto al que mostramos en los párrafos anteriores. En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos,

que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia. Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo. Una vez establecida esta premisa, es necesario precisar cuál es el método para ordenar con claridad estas disposiciones. (6)

iv) Los fundamentos de la protección del sujeto consumidor.

Vamos a detenernos un poco en esta reflexión con la que cerramos el acápite que anterior. En primer lugar, queda claro que el contrato de consumo ocupa un lugar muy destacado en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, se incorpora el derecho constitucional del consumidor para proteger a un sujeto estructuralmente débil. En tercer lugar, se asume que el contrato de consumo no es un tipo de contrato especial, sino una fragmentación del tipo general.

Dicho de otro modo: el contrato de consumo fracturó una teoría general del contrato que predominó durante casi un siglo y medio.

Estas afirmaciones representan un cambio de paradigmas profundamente incorporados a la trama cultural de la sociedad. Desde nuestra concepción del Derecho, las relaciones de consumo forman parte de la cultura de una sociedad. En otro trabajo decíamos: Es preciso comprender que las relaciones de consumo son tramas

culturales que involucran tanto al individuo como a la sociedad, que no en vano es conocida como sociedad de consumo...El modo en que consumimos está más relacionado con nuestra educación y cultura que con el dinero que tenemos en el bolsillo. (7)

Aída Kemelmajer, al prologar el Manual de Derecho del Consumidor de Dante Rusconi complementa esta idea: ... ¿por qué derecho de los consumidores y no derecho del consumo? Porque el objeto de estudio de esta rama no es el consumo como acción realizada por las personas dentro del mercado; es el hombre actuando en el mercado; el hombre influenciado y condicionado por el mercado; el hombre disminuido - y hasta sometido - en sus libertades... (8)

En definitiva, los fundamentos de la protección al sujeto consumidor se apoyan en conclusiones doctrinarias que, creámoslo, que estaban consolidadas. La escuela nacional no vacila al afirmar que: a) el consumo forma parte de la trama cultural de una sociedad; b) es un derecho de rango constitucional; c) el consumidor es un sujeto debilitado cuya supervivencia dichosa en una sociedad de consumo requiere protección estatal.

v) El derecho protectorio.

El Estado dispone, únicamente, dos maneras de hacer efectiva la protección al consumidor. La primera es mediante la creación de leyes tutelares que establezcan principios favorables a la parte que se quiere proteger; esos beneficios serán, en principio, indisponibles e irrenunciables. En segundo lugar, el Estado protege al individuo más débil a través de las sentencias que los jueces deben dar.

Los fallos relacionados con el derecho del consumidor no pueden pasar por alto que las relaciones de consumo se rigen por principios especiales que, en algunos casos, derogan a las reglas tradicionales.

Lorenzetti solía decir: El derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aun derogatorio de normas generales. (9)

La idea era complementada por otra del mismo autor: Cuando se trata de colisión de principios, se debe dar el peso que tiene cada uno en el caso concreto, tratando de lograr la máxima satisfacción posible, pero cuando hay principios vinculados a la relación de consumo, la balanza debe inclinarse hacia ellos, porque hay una ley que fija cuál es el criterio a utilizar en dicho juicio de ponderación. (10)

En resumen: los principios especiales que regulan el Derecho del consumidor tienen tanta prevalencia sobre los principios tradicionales que, llegado el caso, pueden derogarlos. Esta solución está relacionada con la noción trascendente de un orden público (OP) integrado por un conjunto de principios preeminentes e inderogables: El OP no es otra cosa que un conjunto de principios que deben respetarse para el mejor funcionamiento de la sociedad; son reglas básicas cuyo incumplimiento atenta contra la convivencia pacífica de una colectividad organizada... Más allá de su reglamentación, mediante leyes que luego se modifican o derogan, las reglas de orden público son cuestiones de Estado. (11)

Los derechos del consumidor son de orden público porque tienen rango constitucional, y porque el art. 65 de la ley 24.240 así lo dispone. (12)

vi) Las leyes y las sentencias.

El Estado puede crear leyes de orden público pero, sin embargo, esa tutela legislativa debe ser complementada con la actividad jurisdiccional. Los jueces deben ejercer una interpretación congruente con este orden público y evitar que sus sentencias sean reflexiones autistas que termina neutralizando las garantías dispuestas por el legislador.

Una parte importante del ordenamiento jurídico y del funcionamiento de la República depende de cómo los jueces ejercen su tarea jurisdiccional.

Aída Kemelmajer, en reflexión muy lúcida señala: Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el Código cree en los jueces que deben aplicarlo, pues -como dice Carlos Cossi - quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas...La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho...Al juez, es a quienes toca su aplicación. (13)

Coincidimos con Aída Kemelmajer: quien desconfía de los jueces pierde su fe en la norma. La mejor de las leyes se arruina cuando es mal interpretada por quienes deben aplicarla en el caso concreto.

Lamentablemente el fallo que comentamos es capaz de arruinar la ley más progresista cuando establece este tipo de cosas:

Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado y que esta Corte ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (artículos 957, 959 y 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación) pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlo, deben circunscribirse a sus términos (artículo 1022 del Código Civil y Comercial de la Nación). (14)

La regresión de la Corte Suprema de Justicia arruina los 150 años de actualizaciones que propone el Código Civil y Comercial; porque ni más ni menos la Corte establece que los contratos de seguros son contratos paritarios y, como tales, son regidos por los arts. 957, 959 y 1021 del CCyC.

vii) La madurez del Código vs la regresión de la Corte.

Veamos cómo quedó diagramada la teoría general de los contratos a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. Ello nos servirá para apreciar el desarrollo alcanzado por la teoría y compararlo con el retroceso de la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema.

Los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación fueron explicados por la Comisión redactora del anteproyecto. Veamos algunos de los ejes centrales del nuevo sistema

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución

Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. (15)

Esta primera reflexión indica que los derechos constitucionales, y los principios generales del derecho constituyen el núcleo duro de la tutela (protección mínima), quedando las leyes especiales relegadas a un segundo plano, flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

Aída Kemelmajer volvía a reforzar esta idea: La adhesión del código a la tendencia denominada ‘constitucionalización’ del derecho privado es manifiesta desde el art. 1 en adelante. Bien se ha dicho que tal constitucionalización trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad. (16) Como bien sostiene Fernando Ubiría: En suma, el nuevo Código ha dispuesto un nuevo orden normativo aggiornado a los cambios acontecidos especialmente en los últimos treinta años aproximadamente. Ahora es menester que la doctrina, la jurisprudencia y todos los operadores jurídicos contribuyan y practiquen una adecuada lectura del sistema legal para que pueda emerger el derecho. (17)

La Corte Suprema, lejos de hacer emerger estos nuevos paradigmas intenta hundirlos en el oscuro océano de los tiempos; así, en el caso Flores sentenció: Por otro lado, la Ley de Defensa del Consumidor (texto según la ley 26.361) no condiciona en modo alguno lo expuesto en los anteriores considerandos, puesto que se trata de una ley general posterior que no deroga ni modifica una ley

especial anterior, cuando dicha ley regula un régimen singular tal como

De esta forma, el Ministro Rosenkrantz, con voto propio, pulveriza la construcción teórica referida a la constitucionalización del derecho privado y, al mismo tiempo, descarta el sistema de prelación normativa basado en la indisponibilidad de los derechos antes que en la especialidad de las leyes. Dicho en otras palabras: para la Corte Suprema la ley de defensa del consumidor es un estatuto general de menor jerarquía que la ley de seguros.

Los jueces en general, y los Ministros Tribunal Supremo en particular deben sostener los nuevos principios del Derecho; si no lo hacen, ninguna ley protectoria lo será en modo suficiente, y todas quedarán enterradas en ese inmenso pantano cultural que es el anacronismo.

viii) El contrato de seguro como hecho traumático.

Pese a lo dicho, estamos convencidos que los derechos del consumidor integran el núcleo de los derechos constitucionalizados que predominan sobre las regulaciones contenidas en la ley especial n° 17.418.

La Comisión redactora concluye esta discusión al señalar que: En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos

fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia. (19)

Los contratos de consumo, una vez que fragmentaron el sistema contractual clásico, tienen influencia determinante en el universo de los contratos típicos.

Veamos, en el caso que analizamos, cómo se relacionan los tipos contractuales que conviven en el nuevo sistema propuesto por el Código:

(a) Todos los contratos de seguros, que al mismo tiempo sean relaciones de consumo, quedan regulados por las leyes y los principios del derecho del consumidor.

(b) Aún admitiendo que el contrato de seguro no siempre es un contrato de consumo, siempre es un contrato de adhesión, lo que permite afirmar que el contrato de seguros nunca es un contrato paritario.

(c) En conclusión de los enunciados precedentes: el contrato de seguro en ningún caso será regulado por las reglas aplicables a los contratos paritarios

Sin embargo, en *Flores v. Giménez*, la Corte sostiene que el contrato de seguros será regulado por las mismas reglas que conocimos en 1871: En efecto, el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (artículos 1137 y 1197 del código civil; actuales artículos 957 y 959 del Código Civil y Comercial de la Nación). La víctima de un daño es un tercero en relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, en tanto no fue parte de ese contrato (arg. artículo 109 de la ley

17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. Por lo tanto, si la víctima desea invocar el contrato de seguro en su beneficio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 118 de la ley 17.418, y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribirse a los términos de la póliza... (20)

ix) El análisis pormenorizado del caso Flores. (21)

a) Presentación.

El dilema que la Corte resolvió en este asunto fue formulado así: ¿Los límites de la cobertura pactados entre la compañía de seguros y el cliente son oponibles a las víctimas de un accidente? En el presente caso se trata de determinar si el límite de cobertura pactado entre asegurador y asegurado en los contratos de responsabilidad civil de automotores es oponible o no al damnificado. (22)

Se trata de determinar si la víctima de un accidente tiene derecho a reclamarle al seguro la totalidad de su indemnización o si el seguro se libera de su obligación indemnizatorio pagando la suma pactada con su cliente. La dificultad evidente consiste es resolver, en forma equitativa, qué camino tomar cuando la víctima ha padecido un daño que supera el límite de cobertura pactada entre el agente dañador y el seguro. Las soluciones no son muchas. Veamos.

(i) Oponer la limitación de la cobertura a la víctima. En tal caso, el seguro se desobliga de su obligación dando en pago la suma equivalente a la póliza pactada con su cliente, sea no sea suficiente para lograr la indemnización completa de la víctima. En este

supuesto, la víctima debería cobrar una parte de su indemnización a la compañía de seguros, y el resto al agente dañador. (Corte Suprema)

(ii) Declarar la inoponibilidad de la limitación pactada entre la compañía y el tomador del seguro. En este segundo caso, la aseguradora estará obligada a pagar la totalidad del daño. Ello, desde luego, sin perjuicio de conservar la acción de regreso contra el agente dañador (su cliente) por la diferencia entre lo pactado en la póliza y lo efectivamente pagado. (Sala K, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil)

La Sala K de la Cámara de Apelaciones optó, acertadamente a nuestro juicio, por la segunda opción: Sostuvo que ello encontraba fundamento en la función social de dicho seguro ~omo instituto adecuado a "la idea solidarista" que se basa en el resguardo a la víctima y en la reparación del daño injustamente padecido. Un razonamiento contrario, agregó, importaría la desnaturalización de la función del contrato de seguro, al que corresponde considerar como una relación de consumo contemplado por el artículo 42 de la Constitución Nacional y normas concordantes, la. ley 24.240 y sus modificaciones dispuestas por la ley 26.361. Concluyó la cámara que lo expuesto no obstaba al derecho de reintegro o repetición por parte de la aseguradora frente al asegurado, en virtud de lo que le abone a la víctima del daño en mayor medida al monto fijado como límite de cobertura. (23)

La respuesta que cada uno de los tribunales dio al dilema así formulado confronta a dos modelos jurídico opuestos. En un caso prevalece la idea 'solidarista' del contrato mientras que en el otro va a predominar la idea individualista del contrato. Los cultores de esta nueva brecha jurídica creen que se trata de una cuestión ideológica sustantiva sin advertir, o disimulando, que en verdad se trata de un

simple debate económico. Lo que se discute es si predomina la seguridad jurídica sobre la Equidad, o viceversa.

En nuestra opinión la polémica se limita determinar si el seguro debe pagar la totalidad de los daños y luego repetir de su cliente la suma que hubiera pagado por encima de la limitación pactada, o si es la víctima - cuando el pago del seguro no compensa su daño —quien debe reclamar la diferencia al agente dañador. Lo que está en juego es quién se hará cargo de arriesgar o adelantar el pago de la diferencia entre la suma asegurada y la efectivamente pagada en concepto de indemnización. Nosotros compartimos la decisión de la Cámara de Apelaciones porque nos parece que más cercana a la noción de Equidad

b) La consolidación del anacronismo.

Desafortunadamente, la Corte Suprema tomó -nuevamente- (24) el camino de proteger los derechos de las aseguradoras y castigar a las víctimas de accidentes a quienes les serán oponibles todas las limitaciones de cobertura pactadas entre el seguro y su tomador : Que, asimismo, tiene resuelto el Tribunal que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca (causa "Buffoni" -Fallos: 337:329-, citada). Que no se advierten razones que conduzcan a no aplicar -en lo pertinente- los criterios sostenidos en los precedentes antes recordados al supuesto planteado en el caso. (25)

Esta segunda opción contiene tres vicios insalvables; a saber:

(a) se desentiende de la función social del contrato de seguro;

(b) se desentiende de los principios generales que rigen el derecho del consumidor;

(c) contradice todos los principios generales del Código Civil y Comercial.

El voto particular del Ministro Rosenkrantz expresa: Es cierto, como ya se sugirió, que en los casos en que el responsable causal, por cualquier razón que fuera, no compense el daño que causó, el límite de cobertura que establezca la póliza seguramente implicará que parte de dicho daño deberá ser soportado por la víctima. Pero el mero hecho de que la víctima cargue con un daño que otro le causó, circunstancia lamentable por cierto, no justifica por sí solo que los jueces hagan inoponible a la víctima el límite de cobertura, que consistente con la regulación pertinente, ha sido acordado entre asegurado y aseguradora.(26)

Dicho en otras palabras: todo daño que exceda el límite de cobertura, es un hecho lamentable que debe asumir la víctima sin rozar las preocupaciones de la compañía de seguros.

Este pensamiento, que consideramos técnicamente insuficiente para fundar un fallo de última instancia, se complementa con otro del mismo Ministro: Ahora bien, las aseguradoras no causan ningún daño, por lo que su obligación no puede nacer del hecho dañoso por el que pudo haber sido condenado el demandado. En todo caso, la obligación de las aseguradoras puede derivar de la ley o del hecho de haber celebrado un contrato con el asegurado por el que se comprometió a responder por él -en las condiciones convenidas en caso de que este fuere demandado.(27)

c) Las cláusulas abusivas.

No es cierto, como dice el Juez Rosenkrantz, que las aseguradoras no causan ningún daño. En primer lugar, al reflexionar así se omite decir que el negocio del seguro consiste en pagar los daños causados y no en exonerarse de esa obligación. Cuando una compañía de seguros no paga la indemnización correspondiente le ocasiona un segundo daño a la víctima; así, se duplica su infortunio por el padecimiento del siniestro y por el incumplimiento o la insuficiencia de la obligación indemnizatoria.

Es preciso, por tanto, determinar si esas limitaciones de responsabilidad son compatibles con el art. 37 LDC.(28) y concordantes del Código Civil Comercial (Arts.988 y 1122 CCyC), o si por el contrario, ellas constituyen estipulaciones abusivas que deben ser tenidas por no escritas.

No debe pasar desapercibido que el citado art. 37 dispone que son abusivas Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños. La limitación de responsabilidad del proveedor del servicio es un clásico en materia de cláusulas abusivas; y si quien limita su responsabilidades un prestador de seguros la restricción es, además, una desnaturalización de su obligación principal.

El fallo de la Corte Suprema ignora olímpicamente (en verdad deliberadamente) que el contrato de seguros es un contrato de consumo o de adhesión, y que como tal tiene una protección especial referida a las cláusulas estipuladas por el proponente del negocio.

En otro trabajo, señalábamos: Se trata, en todos los casos, de estipulaciones que no tiene otra explicación que exceda la intención

de arruinar los derechos de una de las partes para optimizar el rendimiento del negocio para la otra.(29) La limitación de cobertura responde a esa lógica abusiva de arruinar un derecho (el de la víctima) para optimizar un negocio (el del seguro). En verdad la ruina de la víctima es sólo un derivado de la finalidad primaria de estas estipulaciones que consiste en aumentar la rentabilidad de uno de los negocios más rentables del Planeta Tierra.

d) La teoría económica del derecho y la labor de los jueces.

El Ministro Rosenkrantz también explica: En efecto, todo límite de cobertura debería reducir el precio de la póliza: a menor cobertura, menor riesgo asegurado y, al menos en un mercado asegurador competitivo, menor precio final del seguro. El menor precio del seguro, a su vez, redundará en beneficio de los conductores de menores recursos. La reducción del precio de cobertura, entonces, hace accesible a más individuos la contratación del seguro. La mayor contratación de seguro, y el consiguiente mayor número de asegurados, maximiza la probabilidad de compensación a las víctimas potenciales de los daños producidos por los automotores, que es justamente -uno de los objetivos buscados por el sistema de seguro obligatorio. (30)

La reflexión, a pesar de contener afirmaciones categóricas, no es acompañada por ninguna evidencia que demuestre su certeza o su veracidad o su utilidad para solucionar los dilemas ventilados en el expediente. Además, no hay en ellas ni un solo dato científico que ponga en evidencia que las limitaciones de cobertura sean determinantes para bajar el precio de las pólizas, ni que su prohibición implique una merma de asegurados. Se trata, en el mejor de los casos, de conjeturas sin ninguna virtud para resolver el conflicto concreto.

e) La formulación de nuevos dilemas para resolver un contrato complejo.

Creemos que la mayor falencia que tiene el fallo es que formula mal el dilema sobre el cual estructura su decisión. No se trata de responder si es justo que la limitación de cobertura sea oponible a las víctimas de un accidente.(31) Lo que hay que resolver es si esa limitación constituye una cláusula abusiva cuya finalidad tiene, por causa o por efecto, crear una ventaja excesiva para una de las partes del contrato.

Lo que la Corte debía resolver era si la cláusula de limitación de cobertura era abusiva o legal. Para ello, debió examinar quién decidió su inclusión, y quién se benefició con ella. También.

f) Un insuficiente análisis económico del derecho.

Para hacer las disquisiciones propuestas por el Ministro Rosenkrantz era necesario examinar qué precio hubiera tenido esa misma póliza si no se incluía en ella la limitación de cobertura. De nada sirve decir que una limitación de cobertura aumentaría el precio del contrato, si no se analiza exactamente en cuánto lo incrementa.

En el mismo el Magistrado admite que se trata de simples conjeturas que no integraban el objeto de la litis, razón que hace aún más inexplicable su inclusión en el fallo: Obviamente, todas las consideraciones precedentes son conjeturales, ya que dependen de la madurez del mercado de los seguros y de otras circunstancias que no han sido objeto de esta litis. (32)

Pero, aún en el terreno de las conjeturas, es destacable que el Magistrado no se haya detenido a explicar que la merma del precio que paga el cliente del seguro implica que el asegurador se desobliga

de parte de sus deberes. Entonces lo que había que examinar era si - en concreto - existe equilibrio entre la merma del precio que paga el cliente y la descarga de obligaciones del asegurador. Si ese resultado indica que el consumidor se ahorra unos pocos pesos y la compañía se desobliga del riesgo de pagar miles o millones, se entenderá si la limitación de cobertura es o no es abusiva.

Por más que se haga un rudimentario análisis de costos y beneficios, lo que determina la abusividad de una estipulación es la relación de equilibrio entre las prestaciones y las obligaciones de las partes. No alcanza con decir que el contrato es más caro o más barato en abstracto; lo determinante es la relación entre el precio pagado y la obligación asumida y/o renunciada por el asegurador.

Nada de esto dijo la Corte en el fallo decimonónico que comentamos.

g) ¿Qué regla de interpretación le corresponde al contrato de seguro?

Toca ahora que examinemos cómo hay que interpretar a los contratos de seguro; es decir qué reglas van a usarse para alcanzar una mejor interpretación de sus cláusulas.

El Código Civil y Comercial ofrece tres categorías de contratos. En primer lugar, se regulan los contratos de adhesión, en los arts. 957 y siguientes del Código. En segundo término, aparecen los contratos de adhesión que son regulados en los arts. 984 a 989. Finalmente, están los contratos de consumo contenidos en los arts. 1092 a 1122 del CCyC, y la ley 24.240. Cada uno de estos tipos contractuales tiene una forma de interpretación propia.

Los contratos paritarios siguen las pautas de interpretación de los arts. 1061 a 1068 del CCyC. En estos acuerdos, basados en la autonomía de voluntad, la regla de interpretación es la búsqueda de la intención real que las partes tuvieron al momento de celebrar el contrato. Lo importante es determinar si el contrato es representativo de la voluntad cada contratante o si hubo un vicio que afectó el consentimiento.

Cuando aparecen puntos oscuros, el art. 1068 CCyC (33) dispone que si el contrato es gratuito, la interpretación debe favorecer al obligado a la prestación; en cambio, si el contrato es oneroso, la interpretación debe buscar el equilibrio entre los intereses de ambas partes. Es decir: aún en los contratos paritarios, la idea de equilibrio está presente.

Los contratos de adhesión tienen reglas de interpretación propias que surgen de los arts. 986 a 988. Las ambigüedades se interpretarán en el sentido favorable al adherente y contrario al predisponente. Se aplica la regla conocida como *contra proferentem* que simboliza la *interpretatio contra stipulatorem*; así, aquellas cláusulas que fueron impuestas sin negociación previa deben interpretarse en contra de quien las dispuso y a favor de la parte que debió adherirse.

El art. 988 dispone que las CA se tendrán por no escritas, pudiendo el juez integrar el contrato con estipulaciones que sean más equitativas. Para terminar, el art. 989 permite que el Magistrado reemplace la cláusula injusta por otra más justa, sin que ello perjudique la continuidad del negocio jurídico. (34)

La tercera categoría contractual está integrada por los contratos de consumo, cuya regla de interpretación surge de los art.

1094 CCyC y 3 LDC. En ambos casos, el principio aplicable es el de la interpretación más favorable al usuario o consumidor. Toda duda, ambigüedad o laguna debe interpretarse en favor del usuario o consumidor.

Como ya hemos visto, el contrato de seguros es un acuerdo de adhesión o uno de consumo pero nunca es un negocio paritario; esa circunstancia descarta que pueda aplicarse a ellos otra regla interpretativa que no sea la más favorable al consumidor o al adherente del contrato.

Sin embargo, la Corte en el considerando 10 del fallo que estamos viendo trata al contrato de seguro automotor como si fuera uno paritario y a la cláusula abusiva como si fuera parte de un negocio jurídico indivisible. Es decir, le da el tratamiento opuesto al prescripto por la ley. Veamos:

Que, al respecto, cabe reiterar que los contratos efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. Es por ello que aquellos deben ser interpretados en su integridad, lo cual excluye toda exégesis aislada de una cláusula o expresión del negocio. Se impone el deber de observar el lazo íntimo que une a todas las cláusulas, pues no resulta aceptable fraccionar lo convenido únicamente para acatar las estipulaciones que favorecen al tercero damnificado y desechar otras que ponen límites a la obligación del asegurador. (35)

En un mismo considerando se aplica la teoría de los efectos relativos, y las reglas de interpretación paritaria a un contrato, como el de consumo, que no es alcanzado -desde hace décadas - por ninguna de esas dos reglas ancestrales y ajenas al contrato o relación de consumo.

b) La función social del contrato y su negación por la Corte Suprema.

La Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones dispuso la inoponibilidad de la limitación de cobertura argumentando que los contratos no pueden ni beneficiar ni perjudicar a quienes no son partes de ese contrato; es decir, la limitación de cobertura no es oponible a quien no tuvo oportunidad de pactar ese límite que, sin embargo, podría afectarlo. En suma, la Cámara utiliza la teoría del efecto relativo del contrato (arts. 959 y 1021 a 1030 CCyC).

Tiempo atrás, el Ministro Lorenzetti participaba de esta misma opinión: El contrato actual no es un asunto individual, sino que ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes... A la sociedad le interesa que haya buenos contratantes, que obren bien, socialmente, y ello configura un nuevo espíritu contractual que puede denominarse principio de socialidad... (36)

El Código Civil y Comercial, también concibe al contrato como una herramienta social. Así, la Comisión Redactora del Anteproyecto, al explicar los fundamentos de la nueva teoría contractual señalaba: En suma, seguramente se interpretará que la exigencia de que el contrato sea celebrado en razón de su función social, y dentro de sus límites, no implica que ciertos intereses estrictamente individuales carezcan de tutela legal; pero sin embargo será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser razonable, digna, seria, equilibrada y oportuna para el negocio del caso...En el Anteproyecto que presentamos existe un Título Preliminar en el que se fijan pautas sobre el ejercicio de los derechos en general, entre las cuales están la buena fe y la prohibición del abuso, tanto en relación al ejercicio de los derechos individuales como en cuanto a los derechos de

incidencia colectiva. De tal manera, no existe dificultad alguna para que, con estos instrumentos, los jueces puedan aplicar las nociones de función social y ambiental, utilizando los instrumentos que han sido tradicionales en el derecho nacional. (37).

Muy desafortunadamente, la Corte Suprema hizo caso omiso de estos antecedentes y dictó, en el mes de junio del año 2017, un veredicto con arreglo a pautas de 1804: Que, desde esta perspectiva, "...cuando se afirma que la víctima está perjudicada por la franquicia y que ello la hace inoponible, se modifica una regla establecida por el derecho civil desde el año 1804. Los vínculos que se establecen entre las personas siempre afectan a los terceros desde el punto de vista económico o moral, pero si se permitiera que todos cuestionaran esas decisiones, no podría celebrarse contrato alguno. Por esta razón, la libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien ha celebrado ese contrato. (38)

Nos parece asombroso que la Corte Suprema de la Nación elogie una norma del año 1804 cuando en el año 2017 el nuevo Código modificó todo esos anacronismos jurídicos.

i) La prelación normativa y el diálogo de fuentes.

Otra cuestión importante está referida a la prelación normativa. Se trata de acertar qué norma debe aplicarse en caso de que una o varias entren en concurso para solucionar un asunto concreto.

Los sistemas tradicionales solían decir que las normas más recientes prevalecían sobre las más antiguas, y que las normas más especiales subordinaban a las más generales. Ese esquema rígido,

incierto y, en alguna medida, arbitrario (¿Qué ley es más especial que otra? ¿Entre dos leyes generales, cuál es la más general?) fue suplantado por un sistema de convivencia de diversas normas que serán aplicables según cuál sea la más justa para resolver el caso concreto. La diversidad de fuentes permite superar la categorización de normas entre especiales o generales, y procura la aplicación del texto legal más útil para lograr la Equidad.

En otro trabajo nos hemos referido al diálogo de fuentes en el Derecho laboral: La gran dispersión de normas jurídicas que concurren con algo que decir sobre este asunto nos obliga a poner en práctica la regla interpretativa más reciente y novedosa que se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. El llamado diálogo de fuentes es una propuesta doctrinaria, relativamente reciente, que permite resolver con equidad la puja dialéctica que entre leyes vigentes que proponen soluciones opuestas o, aparentemente, incompatibles. (39)

La novedad doctrinaria fue defendida con énfasis por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial: ... En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos

primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. (40)

Los ejes de este sistema son dos y están claramente identificados en el art. 1 del CCyC (41): la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sin embargo, la Corte Suprema nuevamente nos mete en el túnel del tiempo de sus fijaciones regresivas: Que también ha decidido esta Corte que no obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro (CSJ 1319/2008 (44-M) /CS1 "Martínez de Costa, María Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009 y "Buffoni" (Fallos: 337:329) (42)

Dicho en otras palabras, la Corte establece que el orden de prelación normativo no está relacionado ni con la integración del ordenamiento jurídico, ni con la Constitución Nacional, ni con los derechos humanos; por el contrario, se aferra al criterio más añejo y regresivo que, arbitrariamente, determina que una ley especial prevalece sobre una ley general.

Este criterio, en extremo antojadizo, contraría lo establecido en el art. 963 CCyC (43); este artículo dispone que la línea divisoria no está dada por la especialidad o generalidad de la norma, sino por su indisponibilidad.

j) Las fuentes legales y los derechos humanos.

Cualquiera sea la norma que el intérprete vaya a utilizar debe reunir dos requisitos. En primer lugar, no debe ser contraria a la Constitución Nacional, y en segundo término no debe violar ningún tratado de derechos humanos en que Argentina sea parte.

La Comisión redactora explica los motivos fundantes de los arts. 1 y 2 del CCyC: Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo. (44)

Waldo Sobrino recuerda que Dentro de los distintos principios de los tratados internacionales de derechos humanos podemos mencionar: i) operatividad; ii) progresividad; iii) no regresión; iv) pro hominis, que como bien enseña Juan Pablo Cafiero y Marisa Graham ‘debe aplicar al caso concreto la norma más favorable. (45)

Coincidimos con Waldo: el fallo Flores viola los derechos humanos. No podemos calificar de otra manera una sentencia que, en el año 2017, establece que \$ 30.000 (límite de la cobertura pactada por la aseguradora en el año 1992) es suficiente para cubrir una lesión invalidante permanente o la muerte de una persona. La Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al demandado Marcelino Giménez a pagar los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito

ocurrido el 6 de noviembre de 2007 en la localidad de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, y elevó la indemnización fijada por incapacidad sobreviniente y daño moral. Además, revocó la decisión del juez de grado e hizo extensiva a la aseguradora Liderar Compañía General de Seguros S.A. -citada en garantía- la condena impuesta al demandado, sin tener en cuenta, como lo había hecho la sentencia de primera instancia, el alcance y el límite de la respectiva póliza contratada por el demandado (\$ 30.000 por muerte o incapacidad total y permanente según resolución 21.999 de 1992 de la Superintendencia de Seguros de la Nación; en adelante la Superintendencia o SSN). (46)

k) La jurisprudencia y el contrato de seguro.

Hemos buscado en distintos fueros y en distintas jurisdicciones; también hemos segmentado los criterios temporales de búsqueda, según sea antes o después de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. En todos los casos la tendencia jurisprudencial es abrumadora: el contrato de seguro es un contrato de adhesión y/o un contrato de consumo y/o ambas cosas al mismo tiempo. No hay prácticamente ningún fallo que diga que sea un contrato paritario libremente negociado por la partes.

La CSJ es el único tribunal del país, y probablemente del mundo, que sostiene que los contratos de seguros son acuerdos negociados que no están alcanzados por las reglas del derecho del consumidor.

Veamos algunos de los muchos fallos que hemos encontrado sobre este tema.

1) Resulta indudable que el demandante reviste, en la especie, el carácter de consumidor: así se infiere del hecho de que en el contrato que vinculó a ambas partes concurren los extremos tenidos en cuenta por el legislador a efectos de calificar una relación como de consumo y no existe, ni en la Ley 24.240 ni en el actual CCivCom. excepción alguna que deje al margen de su aplicación al contrato de seguro. (47)

2) La solución esbozada es conteste, por lo demás, con el emplazamiento del seguro como contrato de consumo en el caso que nos ocupa. En efecto. Como señalé en mi voto preopinante en la sentencia de esta Sala en autos *Zarlenga Gustavo Fabian c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario*”, del 22/11/12, tras la sanción de la ley 26.361 la consideración del seguro como relación de consumo es indubitable. Evidentemente, el contrato de seguro se celebra, en muchos casos, en favor de un sujeto que "adquiere o utiliza bienes o servicios" y que lo hace además "como destinatario final" y "para beneficio propio" o "de su grupo familiar o social" (cfr., asimismo, *Gregorini Clusellas, Eduardo, "El seguro y la relación de consumo"*, LL 2009-A, 1130). (48)

3) Antes de la reforma introducida por la ley 26.361, ciertos sectores de la doctrina y la jurisprudencia ya consideraban aplicable al contrato de seguro el régimen de la Ley de defensa del consumidor, asimilando en alguna medida las figuras de asegurado y consumidor. Luego de dichas reformas, parece indudable que el seguro, en tanto sea contratado por un consumidor que tenga la calidad de destinatario final de éste, y que, a su vez, tenga relación con bienes o cosas que no estén destinados a un proceso productivo, debe ser calificado como un contrato de consumo. (49)

4) El contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, que actuando profesionalmente, se obliga, mediante el pago de una prima, a prestar un servicio como la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa. En consecuencia, resultan aplicables al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulten pertinente, las disposiciones de la ley de protección al consumidor. Deben quedar excluidos, en cambio, aquellos contratos de seguro en los que el asegurado no resulte consumidor, no lo celebre como destinatario final, se contraten con relación a un interés asegurable sobre bienes que integran el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. (50)

5) El contrato de seguro constituye un típico contrato por adhesión ya que su contenido (póliza) es predispuesto en forma anticipada y unilateralmente por el asegurador, mediante unas condiciones generales uniformes, aplicables a todos los contratos que celebre en el ramo; mientras que el asegurable sólo puede decidir entre adherir en bloque a las condiciones generales de la póliza o no contratar, no participando de una etapa previa de tratativas con relación a ellas. En consecuencia, tratándose el seguro de un contrato por adhesión a condiciones generales, su contenido se halla igualmente disciplinado por la LDC (arts. 38, 39). (Conf. María Fabiana Compiani, "El Contrato de Seguro y la protección del Consumidor", en La Ley de Defensa del consumidor comentada y anotada, Directores Picasso, Vázquez Ferreyra, T. II, pág. 432/438).(51)

6)...como resultado de este amplio abanico de fuentes que se nos impone constitucionalmente (art. 75 inc. 22), la jurisprudencia en casos como el que nos ocupa y en opinión que comparto, tiene dicho

que el contrato de seguro es un contrato de consumo al que por mandato constitucional del art. 42 C.N, le resultan aplicables las disposiciones de la Ley 24.240 (SCJM Expte. n° 108459 "Federación Patronal Seguros SA en J 100.784/36.550 Barragán Ricardo Guillermo y ots. c/ Reynaga Ricardo y ots. p/D. y P. s/ Inc.-Cas.", 18/12/2013, doct. y jurisp. allí citadas).(52)

7) Con respecto al plazo de prescripción aplicable a las relaciones nacidas a raíz de un contrato de seguro, siguiendo una ya sólida posición de esta Sala al respecto, el presente caso debe ser encuadrado en el marco de la ley 24240 (en igual sentido, Stiglitz, Rubén S, Derecho de Seguros, T. I, La Ley, Bs. As., 2004, pág. 178). Ello por cuanto la aplicación de dicho ordenamiento se encuentra subordinada a la concurrencia de un solo presupuesto: la existencia de una relación de consumo en los términos de la LDC 1, 2 y 3 (en similar sentido, CCCN 1092 y 1093). (53)

l) La limitación del riesgo de la actividad.

En el considerando 11), la Corte desarrolla otro argumento sumamente criticable. Se establece que la franquicia es el ejercicio razonable de una limitación del riesgo de la actividad. ...De tal modo, no puede afirmarse que la franquicia es un instrumento que perjudica a terceros, ya que es el ejercicio razonable de una limitación del riesgo de la actividad. (54)

Este argumento violenta el art. 1757 CCyC. Veamos:

Art. 1757. Hechos de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su

realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de la técnica de prevención.

El negocio de los seguros no es una actividad riesgosa en sí misma sino que el riesgo es su actividad propiamente dicha. La ley 17.418, en su art. 1 dispone que: Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto. Esta sencilla definición legal indica que lo que se asegura es un hecho dañoso de ocurrencia incierta; se asegura, en definitiva, una eventualidad dañosa que pocas veces llega a ocurrir. La mayoría de las veces el evento dañoso no ocurre nunca y el seguro, a pesar de recibir el precio, de la prima no paga nada.

La persona o la empresa que realiza una actividad riesgosa, cualquiera sea la naturaleza y el origen del riesgo, quiere cubrirse de esa contingencia y para eso toma un seguro. En resumen: las compañías de seguros, a cambio de recibir como contraprestación un precio determinado (prima), asumen los riesgos propios de las cosas o de las actividades de sus clientes.

El contrato de seguros, como todos los contratos, tiene un contenido y un alcance que vincula a los contratantes de acuerdo a las modalidades específicas de cada póliza; empero, al asumir el riesgo de otro, las compañías aseguradoras ocupan su lugar frente a las posibles víctimas sin que puedan imponerles a ellas las defensas que aún conservan contra sus clientes.

El contenido del contrato beneficia y/o perjudica a sus partes, pero su clausulado no puede afectar negativamente a terceros. Mucho más cuando, como en el caso que estamos analizando, se trataba de

un seguro obligatorio instaurado a favor de terceros (Art. 68 ley 24.449). (55)

En resumen, la ley obliga a proteger a las víctimas de accidentes; las compañías -a través de sus contratos de adhesión - buscan limitar su responsabilidad, y la Corte Suprema -por más que resulte asombroso - protege a la corporación de los seguros en este verdadero fraude a la ley. Este es el escenario menos deseado por las nuevas tendencias doctrinarias, y por el propio Código Civil y Comercial. El citado art. 1757 CCyC incrementa la responsabilidad de los proveedores que la Corte Suprema ordena restringir.

La ganancia de una compañía de seguros está en asumir riesgos y por ese motivo no puede descargar en otros las previsibles consecuencias de esos riesgos. Tampoco puede limitar su responsabilidad. La máxima romana *ubi molumentum, ibi onus*, determina que donde se encuentra la ganancia, allí corresponde imponer la carga jurídica. Sobre esa base, todo aquel que saca un provecho o beneficio de una actividad asume los costos que ella provoca, dentro de los cuales se incluye a los daños que es susceptible producir. (56)

Esto determina que, frente a la víctima del daño asegurado, el seguro debe responder en forma objetiva sin que pueda oponerle las defensas o las limitaciones que sí puede presentarle al asegurado.

Dicho en otras palabras: las compañías de seguros deben asumir plenamente, y sin excepciones frente a los terceros, los riesgos de los riesgos que aseguren. Ese es su negocio. Como bien dicen Azar y Ossola: Los riesgos de la empresa implican que las previsiones de cualquier hombre de negocios y empleador, el alea de la actividad, y los conflictos inherentes a esas organizaciones no son trasladables a la

parte más débil del contrato de trabajo, y, por lo tanto, deben ser absorbidos por el empresario...(57)

No es correcto que las compañías aseguren riesgos y cuando llega el momento de pagarlos limite su obligación oponiendo a las víctimas un contrato repleto de cláusulas abusivas.

El abuso no se concreta con la limitación de cobertura pactada sino haciéndola oponible a las víctimas. Si la misma estipulación fuera, como lo dijo la Cámara de Apelaciones, inoponible a tercero, la cláusula sería válida.

Desde luego, esto no implica que las compañías aseguradoras estén obligadas a pagar todos los daños que ocurran, ni que asuman contingencias excluidas del contrato. Empero, si un daño supera el límite del seguro pactado, la compañía - luego de resarcir completamente a la víctima- puede repetir de su cliente la suma que haya pagado de más.

La solución dada por la Cámara de Apelaciones era, según pensamos, mucho más justa que la dada por la Corte Suprema. Concluyó la cámara que lo expuesto no obstaba al derecho de reintegro o repetición por parte de la aseguradora frente al asegurado, en virtud de lo que le abone a la víctima del daño en mayor medida al monto fijado como límite de cobertura (fs. 442/453). (58)

La solución del caso era tan evidente que todavía no podemos adivinar los misteriosos motivos que llevan a nuestro Tribunal Suprema a fallar siempre a favor de las aseguradas y en contra de las víctimas.

Ojalá tenga razón mi querido amigo Waldo Sobrino, cuando nos advierte que el fallo es una pieza que pronto caerá en desuso. Es muy importante legalmente realizar esta aclaración, dado que, más allá de algunas citas del Código Civil y Comercial que se realizan en la sentencia sub examine, la realidad es que no se aplicó normativamente el nuevo Código Civil y Comercial. De manera tal que es sustancial señalar que la sentencia “Flores” no tiene una proyección para el futuro, dado que el sustento normativo fue el antiguo Código Civil de 1871...Por ello es que, al final del presente trabajo, haremos breves consideraciones sobre lo que nosotros denominamos las sentencias que se dictarán en el futuro...

Para Sobrino, que antes y mejor que nosotros comentó este fallo, se trata de una olvidable sentencia dictada al amparo de normas viejas y que pronto los tribunales de grado dejarán de lado. El infatigable optimismo de Waldo lo lleva a cometer exageraciones que, un poco a desgana, estamos obligados a compartir: Finalmente, somos optimistas iuris et de iure en el sistema de justicia, que es el último bastión de libertad y justicia para los ciudadanos comunes y — además— porque siguiendo a Daniel Herrendorf, confiamos en “El poder de los jueces”

Ojalá, en fin, que este nuevo fallo de la Corte solo sea un caso de regresión jurídica.

x) Terminaciones.

Para concluir, ofrecemos una breve revista de los temas salientes que hemos desarrollado.

1. En el caso *Florez v. Giménez*, de septiembre de 2017, la Corte Suprema dicta un fallo anacrónico, utilizando criterios

regresivos que se apartan de la nueva teoría general del contrato, propuesta y vigente en el Código Civil y Comercial de agosto de 2017.

2. Es la segunda vez en poco tiempo que la CSJN utiliza estos mismos principios para restringir la responsabilidad de las compañías de seguros. Esta tendencia jurisprudencial se fue acentuando a partir del caso Buffoni (2014).

3. Resulta muy alarmante que la CS en un fallo tan reciente siga considerando al contrato de seguro como si fuera uno paritario al cual le aplica la regla del efecto relativo de los contratos, la libertad contractual absoluta y el individualismo contractual propio de la teoría velezana del siglo XIX.

4. El contrato de seguros puede ser un contrato de consumo; también puede ser un contrato de adhesión. La mayoría de las veces es ambas cosas al mismo tiempo. El contrato de seguros nunca puede ser un contrato paritario, como fue tratado por la Corte Suprema en este fallo peligrosamente regresivo.

5. Nuestro ordenamiento cuenta con buenas leyes protectorias; no obstante, si los jueces no las utilizan, ninguna ley es suficiente.

6. Permitir que las cláusulas que limitan las coberturas sean oponibles a las víctimas que sufren el daño constituye una ventaja abusiva para quien tiene el negocio de, justamente, reparar los daños causados.

7. La oponibilidad de las limitaciones de cobertura tiene por causa o por efecto limitar la responsabilidad de las compañías de seguros; la limitante, al mismo tiempo, desnaturaliza las obligaciones

propias de las aseguradoras. La reducción de responsabilidad y la desnaturalización de las obligaciones propias del proveedor constituyen las notas esenciales de las cláusulas abusivas. La Corte Suprema ni siquiera consideró estas circunstancias tan elementales.

8. En el voto del Ministro Rosenkrantz aparece una mínima formulación de la teoría económica del derecho, sin aportar ningún dato útil o relevante para resolver el caso concreto puesto bajo su examen. Tampoco aporta datos científicos que pongan en evidencia la verosimilitud de sus reflexiones.

9. Las reglas de interpretación que deben aplicarse a los contratos de seguros surgen de los arts. 3 de la ley 24.240 y 1094 del CCyC. Toda duda o laguna debe interpretarse en contra del estipulante y a favor del adherente y/o usuario.

10. El régimen de prelación normativa está determinado en el art. 963 CCyC. Esa norma dispone que el criterio de prioridad está dado por la indisponibilidad de la norma; así, las normas indisponibles prevalecen sobre las normas supletorias. La Corte, en el fallo que analizamos se refiere, en todo momento, a leyes especiales y leyes generales, siendo este un criterio obsoleto y regresivo para tasar el predominio de leyes en concurso.

11. El art. 1757 CCyC establece un régimen de responsabilidad incompatible con la inoponibilidad de las limitaciones de cobertura a las víctimas de accidentes.

Referencias Bibliográficas

- (*) CSJ 678/2013 (49-F)/CS1 - “Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y Otro s/ daños y perjuicios Acc. tráns. c/ les. o muerte)” – CSJN – 06/06/2017 (elDial.com - AA9F55)
- (1) Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y Otro s/ Daños y perjuicios (acc. tránsito. c/ les. o muerte), Corte Suprema de Justicia, 6-06-2017.
- (2) Lorenzetti, Luis, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, p. 16.
- (3) Este verdadero código constituye un cuerpo normativo de sesenta y cinco artículos. Pero la ley 24.240 es mucho más que eso y sus principios superan en valor el conteo aritmético de las normas que lo integran. En nuestra opinión, debido a la cantidad de reglas que esta ley incorpora a nuestro derecho privado, es la más importante de la última mitad del siglo pasado. Desde el año 1968, año en que fue sancionada la famosa ley 17.711, ninguna otra norma le impuso a nuestra legislación civil de fondo un cambio tan profundo, tan marcado, tan irrevocable. (Shina, Fernando, Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 1
- (4) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., 30 y 31.
- (5) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 7.
- (6) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 283.
- (7) Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p.2 y 3
- (8) Rusconi, Dante (Coord.), Manual de derecho del consumidor, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. XXVII.
- (9) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 50.
- (10) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 52.
- (11) Shina, Fernando, Sistema legal ..., p. 353.
- (12) Art. 65 LDC. La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe

reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

(13) Zannoni, E.,Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 11.

(14) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1).

(15) Zannoni, E.,Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 317.

(16) Zannoni, E.,Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 6 y 7.

(17) Ubiría, Fernando, Derecho de daños ... p. 8.

(18) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1). (Del Voto del Ministro Rosenkrantz).

(19) Zannoni, E.,Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 283.

(20) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1). (Del Voto del Ministro Rosenkrantz).

(21) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1).

(22) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1).

(23) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1).

(24) Ver. Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Nación, 8/04/2014, Citar: SAIJ: FA14000051. Nosotros comentamos este fallo. Ver: El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico. Buenos Aires, elDial, 5 de septiembre de 2014, DC1D77.

(25) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1).

(26) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1) (Voto del Ministro Rosenkrantz).

(27) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1) (Voto del Ministro Rosenkrantz).

(28) Art. 37 Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

(29) Shina, Fernando, Sistema legal ..., p. 158.

(30) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1) (Voto del Ministro Rosenkrantz).

(31) El presente caso trata de determinar si el límite de cobertura pactado entre asegurador y asegurado en los contratos de responsabilidad civil de automotores es oponible o no al damnificado. lores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1).

(32) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1) (Voto del Ministro Rosenkrantz)

- (33) Art. 1068. Expresiones oscuras. Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes.
- (34) Art. 989. Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.
- (35) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo, CJS,678/2013 (49 - F/CS1).
- (36) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 30 y 31.
- (37) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 284 y 285
- (38) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo, CJS,678/2013 (49 - F/CS1), Considerando 11.
- (39) Shina, Fernando, ¿Irretroactividad de las leyes o equidad en las relaciones jurídicas?, Buenos Aires, elDial.com, 31-08-2017, Citar: DC23BD.
- (40) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 317.
- (41) Art. 1 CCyC. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.
- (42) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo, CJS,678/2013 (49 - F/CS1), Considerando 5.
- (43) Art. 963. Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se

aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato;c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

(44) Zannoni, E.,Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 24.

(45) Sobrino, Waldo, El fallo Flores de la Corte Suprema de Justicia, Buenos Aires, La Ley, 30-08-2917.

(46) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo,CJS,678/2013 (49 - F/CS1), Voto del Ministro Carlos F. Rosenkrantz, Considerando 1.

(47) Da Costa Adelino Luis c/ Federación Patronal Seguros S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 20-12-2016, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 103612

(48) Berrio Gustavo Osvaldo c/ La Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 15-12-2016, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 103481.

(49) Baini Matías Alejandro c/ Aseguradora Federal Argentina S.A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 17-12-2015, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 97057.

(50) Volpintesta Juan Rafael c/ Mercantil Andina Cía de Seguros S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 16-08-2016, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 97057.

(51) Segurometal Coop. de Seguros Ltda. en J° 133.811/32.854 Castro Pedro Ramon c/ SegurometalC.S.L., Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala Primera, 23-03-2012, Citar: MJJ 71351.

(52) Hoffman Marta Elena c/ QBE Seguros La Buenos Aires S.A. La Caja Seguros S.A, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 11-05-2017, Citar: MJJ 104536.

(53) Gonzalez Hugo Guillermo c/ Parana S.A. De Seguros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 11-08-2016, Buenos Aires, Microjuris, Citar: MJJ 106255.

(54) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo, CJS, 678/2013 (49 - F/CS1), Considerando 11.

(55) Art 68, Ley 24.449. SEGURO OBLIGATORIO. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no.

(56) Herrero Sánchez, Andrés (Dir.), Herrero Sánchez, Pedro (Coord.), Tratado de derecho civil y comercial, T III, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 743.

(57) Herrero Sánchez, Andrés (Dir.), Herrero Sánchez, Pedro (Coord.), Tratado de derecho civil y comercial..., p. 738

(58) Flores, Lorena Romina v. Gimenez, Marcelino Osvaldo, CJS, 678/2013 (49 - F/CS1)

El diálogo de fuentes y los créditos laborales La contradicción entre la irretroactividad legal y la Equidad Alternativas dialécticas para superar la tensión entre lo legal y lo justo

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: eLDial DC2465

[Consultado el: 04/10/2021]

Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente, es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Aristóteles. (1)

i) Presentación general

Palabras más o palabras menos, hace poco menos que 2500 años el inimitable Aristóteles nos enseñaba que el legislador hace leyes sobre contextos generales, abstraído del caso particular que la misma ley luego debe resolver. El acto creador de la ley se basa en la lectura acertada de los escenarios sociales; pero es el juez y no el legislador quien debe adaptar la ley a medida que los contextos sociales vayan cambiando. El juez, de alguna manera figurada, es el pulso cambiante de una sociedad dinámica; por eso su tarea interpretativa duplica las dificultades que asume el legislador. Su labor consiste en aplicar la ley asociada a contextos sociológicos determinados, y además aplicarla a casos concretos, vinculados a tramas individuales que no necesariamente coinciden con los contextos generales. Ese es el desafío que debe asumir el mejor intérprete: vincular entornos

generales con realidades particulares. En ese sentido, Juan Prola señala: Algo similar se puede decir aquí, pues, en el fondo de todas las cosas se nos habla de interpretación de la ley, pero no es la ley aislada lo que se interpreta. En efecto, en el plano de la decisión judicial, lo que se interpreta es siempre una conducta en relación con la ley, no la ley aislada ni la conducta aislada, al juez le toca interpretar una relación, la que vincula la conducta juzgada con el texto legal. Esta es una relación de adecuación o conformación de la conducta al texto de la norma. Si el juez interpreta que la conducta se adecua a la norma, entonces libera al obligado; de lo contrario, lo condena. (2)

ii) El objeto particular de este ensayo

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se están dando situaciones que generan tensiones normativas entre las leyes viejas y algunas normas que se van incorporando al ordenamiento. En verdad, nosotros pensamos que esas tensiones no son de tipos normativos sino que obedecen a cambiantes contextos sociológicos y económicos. La índole de la discusión nos obliga a examinar los principios jurídicos generales para resolver qué norma o qué criterio resulta más equitativo aplicar para resolver los casos que se repiten en todos los tribunales de la Provincia.

Este ensayo se propone ofrecer una revista por las distintas leyes que están en juego, y los criterios aplicados por los tribunales nacionales y los de la Provincia. Para terminar se ofrecen algunas ideas que compartimos para incluir en el debate criterios que nos parecen más aggiornadas con el Código Civil y Comercial vigente

iii) Los principios del Derecho en tensión

Los principios generales del Derecho que subyacen detrás de la indexación y/o actualización y/o aplicación de intereses de los créditos laborales relacionados con la LRT son los siguientes:

- I. La actualización de los créditos laborales, previsto en el art. 276 LCT n° 20.744. (esta norma no está derogada pero quedó en desuso luego de las leyes de emergencia económica, 23.928 y 25.561)
- II. La obsolescencia de la LRT, n° 24.557.
- III. La irretroactividad de la LRT n° 27.348. (art. 20)
- IV. La inconstitucionalidad de las normas. (Art 12 Ley 24.557 y/o 20 Ley 27.348)
- IV. El régimen de prelación normativa. (Art. 963 CCyC)
- V. La intervención oficiosa jurisdiccional ante afectaciones del orden público (art. 960 CCyC)
- VI. El orden público. (art. 12 CCyC).
- VII. El abuso de derecho (art. 10 CCyC).
- IX. El anatocismo (art. 770 CC).
- X. La cuantificación de las deudas de valor (art. 772)
- XI. El enriquecimiento sin causa (art. 1794 CCyC)
- XII. El llamado diálogo de fuentes como criterio hermenéutico.

iv) Las leyes implicadas

a) Presentación. El punto XII) del antecedente tiene mucha importancia para este ensayo porque el conflicto involucra muchas leyes dictadas en contextos sociales diversos. Esa pluralidad normativa nos obliga a realizar un esfuerzo interpretativo o, para utilizar una terminología más novedosa, nos conduce a un diálogo de fuentes para lograr una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico. (3)

Veamos un ejemplo de esta promiscuidad normas que concurren en forma directa o indirecta para decir algo con relación a las actualizaciones de los créditos laborales.

El art. 276 LCT, que permite la actualización de los créditos, convive con la ley 25.561 que expresamente prohíbe esas actualizaciones, indexaciones y repotenciaciones de deudas dinerarias. No obstante, el art. 7 de la ley 25.561 convive con la reciente

incorporación al Cód. Civil y Com., de la figura del anatocismo (Art. 770) que repotencia las deudas de dinero en forma contraria a la establecida en la ley 25.561. Y otro tanto cabe decir del art. 772 CCyC, que establece que las deudas de valor en las que se pondera el valor real que seguramente será distinto al valor nominal previsto en leyes que prohíben las actualizaciones de las deudas dinerarias. Se trata de leyes especiales que siguen vigentes y que conviven en pie de igualdad dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Nos parece oportuno cerrar este capítulo introductorio con un interrogante que nos puede ayudar a un mejor desarrollo de los problemas que se irán planteando: ¿Si una ley fue dejada de lado por la aparición de otra que responde a una necesidad social coyuntural, pasada esa circunstancia particular y provisoria, la norma en desuso recupera su vigencia plena?

b) La normas en danza. Ahora vamos pasar revista por algunas de las leyes implicadas. Note el lector que hemos puesto al lado de la ley la fecha de su entrada en vigencia para que se tenga en cuenta el escenario social correspondiente a cada una de las normas examinadas.

a) Ley 24.557, Riesgo del Trabajo (LRT), septiembre de 1995. El art. 12 de esta ley establece una fórmula de cálculo del IBM que no prevé ninguna forma de actualización o indexación. (4) Recordemos que esta ley fue dada en una época de nulo impacto inflacionario en el país. La norma tampoco prohíbe las actualizaciones porque en esa época regía la ley de emergencia económica que impedía cualquier clase de indexación, actualización o repotenciación de deudas dinerarias (Ley n° 23.928/ 25.561)

b) Ley 25.561, Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, enero de 2002. El art. 7 de esta norma expresamente prohíbe todo tipo de actualización y/o indexación y/o repotenciación de deudas. (5) El deudor de una suma de dinero se desobliga entregando la cantidad nominalmente expresada de su deuda. Esta

norma es una de las claves del dilema porque el texto legal hace que la fórmula para establecer el IBM (Ingreso Base Mensual) no pueda ser actualizado. Las aseguradoras de riesgo de trabajo (ART) abogan por la vigencia plena de esta ley que, ciertamente, no está derogada. Es preciso tener en cuenta que la ley 25.561 fue dada en un contexto de alta inflación y escasas reservas de divisas en el banco Central. Sin embargo, y pese a las restricciones impuestas por esta norma, no puede soslayarse que el actual art. 770 CCyC (6) permite el anatocismo que si bien es una forma de interés, es también un sistema extraordinario que, en última instancia, configura una repotenciación de las deudas que, en principio, estaba vedada por la ley 25.561. Asimismo, el art. 772 CCyC (7), permite que las deudas de valor expresen, más allá de fórmulas nominales, el valor real de la moneda, habilita fórmulas de actualización que parecían vedadas por la ley 25.561. (8) En síntesis: la regla de no actualización prevista en la ley 25.561 no es absoluta y reconoce excepciones legales.

c) Ley 27.348, Ley Complementaria sobre Riesgos del Trabajo, febrero de 2017. El art. 11 de esta ley modifica el art. 12 de la ley 24.557. (9) La norma prevé criterios de actualización acordes con el período inflacionario y de depreciación monetaria acontecidos en los últimos años. Asimismo, prevé la aplicación de anatocismo en los términos del art. 770 CCyC. El art. 20 de esa norma expresamente establece que su aplicación no tiene efecto retroactivo y que resulta aplicable a contingencias ocurridas a partir de su entrada en vigencia. (10) Es decir: las contingencias laborales ocurridas con anterioridad a febrero de 2017 no pueden ser bendecidas con la actualización prevista en el art. 11 de esta ley. Esta norma, como ya fue dicho, es otra excepción a las leyes 23.928 y 25.561 (emergencia económica).

d) Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo. El art. 276 de la ley de Contrato de Trabajo, que es la norma rectora en el derecho laboral, expresamente prevé la actualización, sin excepciones, de todos los créditos laborales. Ese criterio de actualización, fue ordenado por la ley 23.616, del año 1988. (11) Recordemos que durante esa época el

país transitaba otra época de alto impacto inflacionario. Esta norma no está derogada. Alguna doctrina habla de derogación tácita. (12)

c) Sumario del capítulo Leyes implicadas:

(i) De este concierto normativo surge que los créditos relacionados con accidentes laborales, ocurridos antes de la ley 27.348, deben seguir las pautas establecidas en las leyes 24.557 y 23.928 / 25.561 (emergencia económica)

Según la fecha en que haya ocurrido el accidente o la enfermedad profesional, el obrero tendrá derecho a percibir su indemnización con actualizaciones e intereses y capitalización de esos mismos intereses (art. 770 CCyC) o no podrá acceder a ninguno de esos rubros con grave deterioro de su patrimonio por la diferencia entre uno y otro cálculo es sumamente desfavorable para el trabajador.

(ii) Las distintas normas presentadas sumariamente fueron creadas bajo diferentes contextos sociales. En los casos de estabilidad económica, parece razonable que el legislador quiere acotar los cálculos indexatorios que, indefectiblemente, tiene efectos inflacionarios. Sin embargo, en épocas de depreciación monetaria atar los créditos laborales a su valor nominal representa una grave afectación patrimonial para el sector de los trabajadores.

v) Los fallos de Corte Suprema de Justicia de la Nación.

a) Presentación. Toca ahora examinar superficialmente, la intervención de la Corte Suprema a lo largo de todo este proceso que involucra a tantas leyes que, dicho sea de paso, todas están vigentes.

b) El caso Belatti (13) y el caso Massolo (14). En estos dos asuntos, la Corte se pronuncia sin vacilaciones: las cuestiones relativas a la actualización monetaria son materias políticas insusceptibles de ser revisadas judicialmente. Según este criterio, tan añejo como

sostenido por nuestra CS, las políticas económicas deben ser fijadas por el Poder Ejecutivo e instrumentadas por leyes dictadas por Poder Legislativo. Dicho en otras palabras: el poder judicial no puede revisarlas sin invadir las facultades de los otros poderes de la República.

En Belatti (2011) la CSJ repite los argumentos que había dado en el caso Massolo. Las ideas centrales están expresadas en los considerandos 11, 12 y 13.

Considerando 11) Que determinada la aplicación al caso de la prohibición de indexar que invalidaría la cláusula en la que se funda el reclamo, corresponde a esta Corte Suprema efectuar el control de razonabilidad del citado art. 4 de la ley 25.561, cuya inconstitucionalidad planteó la actora y ha sido declarada en ambas instancias ordinarias, cuestión que conduce necesariamente a efectuar idéntico examen respecto de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, modificados por aquella norma sólo en lo que hace al término "australes" que fue reemplazado por el de "pesos".

Considerando 12) Que dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros).

Considerando 13) Que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre

muchos otros), y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art. 67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11), de la Constitución Nacional de "Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras..." (conf. causa "YPF" en Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567).

En resumen: según esta doctrina de la Corte Suprema, la materia referida a la actualización monetaria es una cuestión netamente política y, por tanto, escapa al examen constitucional. Por lo tanto, no corresponde declarar la inconstitucionalidad de leyes cuyo objeto sea igual o similar a de las leyes 23.928 y 25.561.

c) El Caso Espósito. (15) En este fallo reciente, la CSJ expresamente determina que los criterios de actualización de la ley 27.773 sobre accidentes del trabajo, no pueden aplicarse a casos ocurridos con anterioridad al dictado de esa ley (2012).

Considerando 8) En síntesis, la ley 26. 773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicarían a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que "las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero" entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación.

Considerando 9) Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a qua, mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad.

En sumario: La doctrina judicial del caso Espósito sostiene que la actualización de los créditos emergentes de la LRT, no puede aplicarse en forma retroactiva. Es decir: las contingencias anteriores a esta ley serán regidas por la ley 24.557.

d) Caso Marando. (16) Con fecha 12 de septiembre de 2017, la Corte Suprema se volvió a expedir en igual sentido que lo había hecho en Espósito. En verdad, el fallo recurrido dice en sus considerandos que acata el fallo Espósito pero luego declara resarcimientos que pasan por alto la doctrina Espósito de irretroactividad.

Considerando 4) Que, en efecto, como se desprende de lo reseñado en el considerando 1º de este fallo, al comenzar su argumentación, la cámara señaló que, aunque no suscribía lo resuelto por esta Corte en la ya referida causa Espósito, acataría las pautas allí establecidas con el fin de evitar un dispendio necesario jurisdiccional y de tiempo. Sin embargo, por considerar exigua la indemnización calculada con arreglo a dichas directivas, mediante la sola invocación de principios genéricos vinculados con la equidad de la reparación y aludiendo a algunas circunstancias particulares del trabajador fallecido, fijó los resarcimientos con total prescindencia de la ley -sobre cuya constitucionalidad no se pronunció específicamente- y en franca contradicción con la premisa postulada inicialmente. (17)

La Corte dice que no se puede pretender que se acata el fallo Espósito, que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes sobre actualización de créditos laborales, y luego decretar esos resarcimientos que exceden la regla fijada en Espósito. En suma, si se aplica Espósito no se pueden ordenar actualizaciones retroactivas.

En nuestra provincia se está dando esa misma situación. Algunos casos se resuelven con sentencias que dicen que acatan la doctrina del fallo Espósito pero, no obstante, aplican el criterio de actualización de la ley 27.348 omitiendo que su aplicación retroactiva

está prohibida por el fallo Espósito y por el art. 20 de la citada ley. (18) Este criterio, según nuestra opinión, es incongruente.

e) Caso Aquino. (19) Una parte de la doctrina intenta saltar las vallas legales, y los reiterados fallos, que previenen sobre la aplicación retroactiva de la ley valiéndose de lo resuelto por la CSJ en el Caso Aquino, en donde la Corte estableció un criterio sumamente favorable a los trabajadores.

Considerando 9) Que, en suma, lo expresado en los dos considerandos anteriores determina que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una "justa indemnización". Y las reparaciones, "como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial" y no pueden implicar el "empobrecimiento de la víctima"

Considerando 14) Finalmente, se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco

menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.

En sumario: La doctrina de la Corte Suprema en el Caso Aquino sostiene que la regla '*alterum non laedere*' rige plenamente para el derecho laboral.

vi) La compatibilidad

La formulación de un nuevo dilema. En lo personal, tengo opinión favorable al criterio que la CSJ utilizó al resolver el caso Aquino. Empero, también coincido que no se puede, utilizando un argumento ingenioso, aplicar retroactivamente una ley que expresamente prohíbe su aplicación retroactiva. Ello sin contar que el art. 7 CCyC también postula, como principio general, la irretroactividad de la ley.

En resumen: o se aplica Espósito o se aplica retroactivamente la ley 27.348, pero no se pueden hacer las dos cosas simultáneamente sin caer en incongruencia y en el dictado de sentencias cuyo vicio de arbitrariedad será sancionado por la Corte, como lo hizo recientemente en la causa Marando (más adelante volveremos sobre este fallo del mes de septiembre de 2017). En esas condiciones, lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con adecuación a las circunstancias comprobadas de la causa por lo que debe ser descalificado sobre la base de la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias. (20)

Esto nos lleva a formular un nuevo dilema: ¿Es compatible actualizar las deudas emergentes de las contingencias laborales sin declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma? Este, a mi

entender, es el punto de quiebre del asunto que estamos analizando. Buscar fórmulas que permitan actualizar los créditos sin decretar la inconstitucionalidad de ninguna norma sino utilizando, entre todas las vigentes, la más equitativa para resolver el caso concreto. O sea: aplicar el tan mentado diálogo de fuentes para resolver colisiones normativas.

El acto jurisdiccional consistente en la declaración de inconstitucional es extraordinario y no debe naturalizarse o buscarse como primera alternativa cuando una norma no encaja en la solución que queremos aplicar. En definitiva, pensamos que esa es la solución que propone el art. 1 del Código Civil y Comercial. (21)

La Comisión Redactora del anteproyecto al comentar esta norma nos da una directiva que parece hecha para el caso que estamos analizando: De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna. (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros). (22)

vii) El diálogo de fuentes como criterio hermenéutico

El diálogo de fuentes quizás sea la novedad doctrinaria más destacada que trajo el Código Civil y Comercial. Es una forma interpretativa en la que prevalece la dialéctica; se permite e incluso se estimula que convivan en el mismo ordenamiento normativo textos legales que en algunos casos son antagónicos. Esta novedosa lógica normativa permite que, frente al caso concreto, se busque una u otra solución legislativa. De esta forma los operadores jurídicos en general, y los magistrados en particular pueden buscar, dentro de todo el ordenamiento normativo, la norma jurídica más idónea para resolver con Equidad los casos concretos.

Para Aída Kemelmajer, cuya participación en la redacción del código Civil y Comercial fue preponderante, el diálogo de fuentes como pauta interpretativa tiene ventajas superadoras con respecto a los sistemas de interpretación tradicionales: Cualquiera sea la opción (superar, incluir, total o parcialmente) se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior o posterior. O sea, la interpretación se hace dialógicamente. Ciertamente, el diálogo no siempre es fácil, porque exista un verdadero desbordamiento de fuentes que hace necesaria una nueva tipología y clasificación, sobre todo por la entrada en el Código Civil de materias tales como la bioética, y el ambiente, ramas en sí mismas interdisciplinarias. Por eso el Código proporciona pautas para una prioridad entre esas fuentes, tal como surge de los arts. 150 (leyes aplicables a las personas jurídicas privadas), 963 (prelación normativa en materia contractual) y 1709 (prelación normativa en el ámbito de la responsabilidad civil). (23)

Lo que Kemelmajer propone es que debe realizarse una interpretación integral de todo el sistema normativo y elegir la norma, no por su especialidad o temporalidad, sino por ser la que mejor se adapte a la regla de Equidad.

viii) La prelación normativa en el actual sistema legal. El predominio de la norma indisponible. El principio pro homine

El Código Civil y Comercial organiza el sistema de prelación normativa poniendo en un pie de igualdad a las normas especiales y las generales. La línea divisoria para determinar qué texto legal prevalece no está dada por el carácter especial de la ley sino por la categoría que la norma tiene. Veamos. Si ella es indisponible, por más que esté dentro de una ley general, prevalece sobre la que sin serlo está inserta en una ley especial.

Los jueces deben advertir, lo antes posible, que el Código unificado responde nuevas tendencias doctrinarias que, a su vez, están subordinadas a las nuevas necesidades sociales. Por más que estiremos hasta el infinito la discusión del art. 7, más temprano que tarde tendremos que empezar a aplicar plenamente el nuevo código.

El Código Civil y Comercial está repleto de normas que postulan una mayor presencia oficial en el ámbito de las relaciones contractuales individuales. Para gusto o disgusto de unos y otros, es bastante claro que el nuevo ordenamiento jurídico marca un fuerte retroceso del principio de la autonomía de la voluntad individual y un claro avance del sistema más tutelar con mayor presencia del Estado, a través de las leyes y de los jueces a través de las sentencias. (24)

El actual criterio de prelación normativa está relacionado con el orden público, y con la indisponibilidad de los derechos. Dicho en otras palabras: la Equidad subordina a todas las normas y a todos los principios. El magistrado, haciendo un esfuerzo interpretativo superior al que venía haciendo en los días de la codificación velezana, deberá buscar en todo el sistema la norma vigente más próxima a la solución equitativa para el caso. Ese criterio, pensamos, es receptado por el art. 963 CCyC. La norma que debe buscar el Juez no es ni más nueva ni más vieja, ni más especial ni más general; es la más justa. (25) En este nuevo contexto la tarea hermenéutica es tan vital para el

sistema como compleja a la hora de ponerla práctica. Como bien reflexiona Fernando Ubiría: En los fundamentos se aclara que en la tarea interpretativa se debe recurrir a todo el sistema de fuentes a la utilización no sólo de reglas sino también de principios y valores. La complejidad es sin dudas mayúscula, y además pone de manifiesto el rol preponderante que es llamado a cumplir el Poder Judicial, pues se destaca la labor del juez, y la influencia de los precedentes, extremo que revela cierto acercamiento con el sistema anglosajón del common law. (26)

Y hablando de reglas y principios, si hay uno que destaca es aquél que conocemos como principio pro homine, y que determina que toda la labor hermenéutica se debe dirigir hacia la aplicación de la regla jurídica que más favorezca a la persona, al ser humano; al sustantivo Derecho Humano. En ese orden de ideas Lidia Garrido reflexiona que El reconocer a este principio como parte de los derechos humanos nos lleva necesariamente a recordar que éstos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres. En el derecho mexicano, Ferrer McGregor sostiene que la «interpretación conforme» como criterio hermenéutico, es aplicable a todas las normas de derechos humanos, que ordenan la armonización entre la Constitución nacional y los tratados internacionales integrando el principio pro persona en tal procedimiento...(27)Es por eso motivo que resulta fácil concluir que ninguna sentencia será justa si en ella prevalece la regla jurídica sobre el principio pro homine. Se refiere Pinto al mismo principio como «criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria» (28)

El hombre de derecho que la sociedad del Siglo 21 necesita debe ser un verdadero estudioso de los principios del Derecho, o estará condenado al anacronismo y, lo que es peor, estará forzando el retraso de una sociedad que a gritos pide vanguardia y modernidad.

ix) El diálogo de fuentes en el derecho laboral

Como vimos antes, el diálogo de fuentes permite solucionar casos concretos siguiendo la regla de Equidad.

Como el lector ya podrá advertir, la posible solución que proponemos consiste en realizar un diálogo de fuentes, examinando los principios generales del derecho y los textos legales que concurren en el caso de los accidentes o enfermedades profesionales. Es decir, el magistrado de interpretar qué principios, que leyes y qué criterios prevalecen entre los muchos que están dispersos (Por ejemplo, en el caso que nos ocupa concurren las leyes 20.744; 23.928; 25.561; 24.557; 27.348 y por lo menos una docena de normas jurídicas del nuevo y del viejo código Civil)

Veamos qué leyes y que normas van a participar de este diálogo:

a) La ley 20.744: el art. 276, que está vigente, expresamente establece que los créditos provenientes de las relaciones laborales, serán actualizados cuando sean afectados por la depreciación monetaria.

b) La ley 25.561: el art. 7 prohíbe toda clase de actualización o indexación y/o repotenciación de las deudas.

c) La ley 24.557: el art. 12 ofrece una fórmula de cálculo del Ingreso Base Mensual que no prevé ninguna forma de actualización. Empero, dicha norma no dice absolutamente nada con relación a las actualizaciones por depreciación monetaria.

d) La ley 27.348: el art. 11, modifica el 12 de la ley 24.557 y prevé una fórmula de cálculo que contempla actualizaciones. Por su parte, el art. 20 de esta ley prohíbe la aplicación retroactiva.

e) Ley 26.994: el art. 7 del CCyC establece que las leyes no son retroactivas, y que rigen para el futuro, excepto disposición en contrario.

f) El art. 770 CCyC, que permite el anatocismo, marcando una excepción al régimen de emergencia económica de las leyes 23.928/25.561.

g) El art. 960 CCyC, que permite la intervención judicial oficiosa cuando haya afectación del orden público. La norma no habla de retroactividad sino de orden público, lo cual permitiría una intervención de oficio y con criterios de Equidad.

h) El art. 1794 CCyC, que establece en forma positiva la doctrina del enriquecimiento sin causa. El pago del valor nominal de una moneda depreciada puede ser ocasión de un enriquecimiento incausado para el deudor que se desobliga pagando un valor devaluado.

x) La jurisprudencia de la provincia del Chubut

i) Presentación. Más allá del interés académico que la discusión propone y que el disenso enriquece, no debemos olvidar que en la provincia de Chubut la cuestión de la retroactividad de la ley, con especial interés en los casos referidos a créditos laborales emergentes de las leyes 24.557, 26.773 y ahora la ley 27.348, tiene una doctrina judicial que presenta algunas oscilaciones.

Conviene hacer un breve repaso de lo dicho por los tribunales provinciales sobre esta materia.

ii) Caso Huilcan, Marcelina v. ART INTERACCIÓN. (29)

(a) La retroactividad en el centro del debate. En ese expediente, resuelto en el 2015, la Cámara de Apelaciones de Madryn se expidió sobre todas las cuestiones tratadas en este breve ensayo. Así, en primer lugar se ordena el contenido del debate, en forma que a mi juicio es la correcta: se discute la posible aplicación retroactiva de una ley. Atento los términos de la queja, la cuestión a dirimir en autos consiste en determinar si corresponde o no la aplicación del RIPTe a aquellas prestaciones dinerarias que no hubieran sido satisfechas al momento de entrar en vigencia el régimen de la nueva ley. Se trata de un caso típico de efectos de la ley con relación al tiempo, regido en el art. 3 del Código Civil... (30)

Este primer punto es muy importante porque limita el alcance del debate. Para esta doctrina judicial, hablar sobre actualizaciones de contingencias laborales relacionadas con accidentes o enfermedades profesionales equivale a debatir sobre los efectos temporales de las leyes. Así, se ha dicho que: El principio de irretroactividad significa que las leyes rigen para el futuro. La irretroactividad implica que la nueva ley no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes (cfr. Alonso, Juan Ignacio y Rizicman, Leandro, “Código Civil Comentado. Títulos preliminares. Persona”, Julio C. Rivera (Director), Ed. Rubinzal Culzoni, p. 30, citando a Fernández Rubio). (31)

(b) Los aspectos constitucionales de la irretroactividad. El fallo que examinamos tiene un interés adicional porque vincula la retroactividad de la ley con el derecho de igualdad amparado en el art. 16 de la CN. El fallo se hace cargo de los aspectos constitucionales que también entran en juego cuando se modifican los criterios de irretroactividad de las leyes nuevas: Desde otro ángulo, decidir lo contrario, significaría incurrir en una violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) desde que se estaría concediendo al reclamante más de los que se le dio a otros sujetos en las mismas

condiciones (esto es, acreedores de prestaciones dinerarias sistémicas cuya causa tuviera origen antes del nuevo régimen legal) por el solo hecho de haber llegado en condiciones de ejecutar su sentencia después que aquéllos. Así, sólo el azar, la buena fortuna o la morosidad del Juzgado actuante sería el parámetro para otorgar a algunos sí y a otros no el plus pretendido, y ello es inconcebible en el derecho (cfr. esta Cámara, “Castells”, SDL 26/15 y “Mercado Fuentes”, SDL 32/15).

iii) Caso Mercado Fuentes, Eduardo v. Prevención ART.(32)

(a) Se consolida la regla de la irretroactividad legal. En este asunto la Cámara sigue el mismo criterio sostenido en Huilcan: la irretroactividad de las leyes nuevas: En oportunidad de expedirme sobre esta cuestión en los casos anteriormente enumerados, expresé que el principio de irretroactividad de la ley impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una ley. Significa que las leyes solamente rigen para el futuro, y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente conforme a la legislación sustituida. (33)

(b) La irretroactividad en el derecho laboral. En este fallo, el voto del Camarista Fiordelisi sigue con firmeza la dirección trazada por el criterio irretroactivo de la ley, expandiendo sus efectos al derecho laboral: El principio que estoy analizando tiene plena aplicación en materia laboral respecto de relaciones laborales concluidas, aunque dichas leyes establezcan nuevos beneficios para el trabajador. Siguiendo a Badeni, el mismo entiende que las leyes laborales no son necesariamente de orden público y, aunque lo fueran, no pueden aplicarse retroactivamente respecto de relaciones contractuales debidamente concluidas porque, al margen de lesionar el derecho de propiedad, proyectan un cono de inseguridad jurídica sobre las relaciones sociales (conf. ob. cit., T.II, pág. 774). (34)

(c) Irretroactividad y derechos adquiridos. En resumidas cuentas, para la Cámara de Apelaciones de Madryn, el caso no tiene

más vueltas: se trata de proteger derechos adquiridos que pueden ser afectados por leyes posteriores. La doctrina de los derechos adquiridos, fue la posición mantenida por el ministro Petracchi en la causa “Agnese”, donde afirmó que cualquiera sea el criterio de conveniencia o eficacia económica o social que el legislador arbitre, en el dictado de una ley, aquél encuentra como valla infranqueable las prescripciones de la Constitución Nacional. Allí dijo: “Si al momento de extinguirse la relación laboral sin indemnización -en el caso, por participación de los dependientes en huelgas-, tal modo de extinción del contrato de trabajo estaba legalmente previsto, y una ley posterior prevé el derecho de preferencia de los empleados despedidos por aquella causal de ingresar a tales puestos o de lo contrario ser indemnizados, se alteran los efectos de actos jurídicos concluidos con arreglo a una determinada legislación, desconociendo la garantía constitucional de la propiedad (CSJN, 24-11-1998, Fallos, 321:3081).

En algún sentido, la doctrina judicial de Puerto Madryn fue pionera en la Provincia y marcó el ritmo de la cuestión; como veremos en el acápite que sigue el Superior Tribunal de la Provincia consolida los mismo criterios en los fallos Egue y Tello que tuvieron lugar durante los años 2016 y 2017.

xi) La doctrina judicial del Superior Tribunal de la provincia del Chubut

i) Presentación. El tratamiento diverso de las distintas Cámaras de apelaciones de la Provincia, con relación a este tema, dio lugar a sentencias contradictorias que encendieron la necesidad de una Casación que unificara los criterios. Ello ocurre, finalmente, en el marco del caso Egue, del año 2016: Esta situación no puede sostenerse. Se habilita, de esta manera, el mecanismo de unificación interpretativa que es propio de la casación, pues no debe aceptarse que en un mismo ámbito jurisdiccional, la Provincia del Chubut, aquellos que dirimen sus conflictos ante los Tribunales encuentren soluciones distintas, según sea el organismo que se expida. (35)

Se abre así el camino de la unificación de criterios para la Provincia. Como veremos ese camino no está aún concluido y recientemente se abrieron nuevos atajos que vuelven a poner la cuestión de la retroactividad legal en el tapete.

ii) Caso Egue.

(a) Presentación. En este asunto, el Tribunal Superior marca los criterios de unificación que deben regir las cuestiones referidas a las actualizaciones de los créditos laborales referidos a accidentes y enfermedades profesionales en el ámbito de la Provincia del Chubut. El caso Egue data del año 2016 y en él se debatió la aplicación temporal de la ley 26.773.

(b) Las doctrina judiciales en tensión: irretroactividad vs. aplicación inmediata. El fallo, al examinar los requisitos de admisibilidad de la Casación, puntualiza la divergencia de criterios existente entre la Cámara de Apelaciones de Madryn y la que tiene jurisdicción en Comodoro Rivadavia. El primero de los organismos postulaba la irretroactividad de la ley 26.773 Sobre esta cuestión, la cámara de Apelaciones de Puerto Madryn se atuvo a su precedente...y, por consecuencia, mantuvo que la ley N° 26.773 no tiene operatividad propia y directa en las contingencias anteriores a su entrada en vigencia...(36)Dicho en otras palabras: para el tribunal de alzada de Puerto Madryn, la ley 26.773 no puede aplicarse en forma retroactiva.

Por su parte, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sin referirse a una aplicación retroactiva, interpreta que la aplicación inmediata de la ley permite abarcar relaciones jurídicas iniciadas antes de la nueva pero no concluidas cuando comienza su vigencia: ... la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia sostiene: “...resultan de aplicación las mejoras a las prestaciones dinerarias dispuestas, primero por el Decreto 1694/09 y luego por la Ley N° 26.773 a un evento dañoso ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas, pero no cancelado con antelación a esas fechas...” (voto del

Dr. Alexandre). Y en igual línea: "...el recurrente invoca el instituto de la irretroactividad de la ley cuando no estamos en ese campo, sino en el de aplicación inmediata de la ley... no estamos aplicando una ley nueva a una situación jurídica...(37)

(c) El sofisma. Esta interpretación, en los hechos y según nuestro parecer, actúa como un sofisma ingenioso que sirve para aplicar retroactivamente una ley que es declarada legalmente irretroactiva. Por más vuelta que le demos al asunto, la aplicación inmediata de la ley nueva tiene por causa o por efecto la aplicación retroactiva de una ley dispuesta para regir hacia el futuro y no hacia el pasado.

Esta estrategia jurídica, sin embargo, no pasó inadvertida por el STJ que, completamente alineado con la doctrina de la CSJ (Caso Espósito) señala: Así en la segunda parte del considerando 8° sostuvo: "...La simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5° de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la Ley N° 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes "actualizados" solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del capítulo de la ley referente a las prestaciones dinerarias del régimen de reparación. (38)

(d) Doctrina del Superior Tribunal de Chubut. Para el Superior Tribunal de la Provincia, la cuestión es clara y no admite fisuras: cualquier forma de actualización que utilice los criterios propuestos, primero por la ley 26.773 y luego por la ley 27.348: La

claridad del considerando transcrito despeja toda duda a la posición que se sigue, esto es: la inaplicabilidad de la ley bajo picota para los accidentes de trabajo que ocurrieron y las enfermedades profesionales que se manifestaron en tiempo anterior a su entrada en vigencia.

iii) Caso Tello. (39)

(a) Presentación. A poco tiempo del dictado de Egue, en el mes de febrero del 2017, el Superior ratifica el criterio en el caso Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A. En este caso, la puja de sentencias contradictorias que dieron causa a la casación, se dio entre la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn, y la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew. Sobre esa cuestión, la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn se atiene a su precedente (SDL N° 94/13) y, por consecuencia, mantuvo que la Ley N° 26.773 no tiene operatividad propia y directa en las contingencias anteriores a su entrada en vigencia (BO 26/10/2012). Es decir que resulta inaplicable al caso de autos en tanto el fallecimiento del Señor Rodríguez y las prestaciones que del mismo derivaron son anteriores a la entrada en vigencia de la misma. (40) Por su parte el veredicto de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de Trelew insiste con el argumento de la aplicación inmediata de la ley: Tocante a que la Ley 26.773 no puede ser de aplicación retroactiva por no disponerlo ella expresamente, señalaré que en la especie no se trata de retroactividad de la norma, sino de aplicación inmediata, “aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, cual prevé el art. 3 Cód. Civ. Aquí aparece la noción del “consumo jurídico”: los hechos pasados que han agotado la virtualidad que le es propia no pueden ser alcanzados por la nueva ley sin incurrir en retroactividad de ella, pero los hechos en curso de desarrollo sí pueden ser abarcados por el nuevo régimen por no tratarse de sucesos cumplidos, agotados, bajo la legislación anterior, de modo que al aplicarles la ley posterior no se incurre en retroactividad... (41)

(b) Los derechos humanos y el principio pro homine. Hay un punto que nos parece muy importante de remarcar. El fallo de la Sala

A de la Cámara de Apelaciones de Trelew incluye en el debate no solamente la cuestión de inmediatez legal sino la cuestión referida a los derechos humanos, y los tratados internacionales a partir del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Esta es, según pensamos, la dirección que de ahora en más debe seguir este debate. Veamos lo que dice la Sala A de Trelew al respecto: El principio de progresividad previsto en los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene en nuestro país jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Es precisamente este principio el que marca el camino en materia de derechos sociales y en consecuencia, no aplicar de manera inmediata la Ley 26.773 resultaría violatorio del llamado bloque de constitucionalidad.. (42)

(c) El Superior confirma la doctrina del antecedente Egue. El argumento propuesto por el tribunal de alzada de Trelew no logró conmover la doctrina del Superior Tribunal de la provincia, que volvió a cerrar el asunto en forma contundente: La claridad del considerando transcrito despeja toda duda a la posición que se sigue, esto es: la inaplicabilidad de la ley bajo picota para los accidentes de trabajo que ocurrieron y las enfermedades profesionales que se manifestaron en tiempo anterior a su entrada en vigencia. (43)

xii) Las nuevas oscilaciones de la jurisprudencia de la Provincia

(a) Presentación. En el mes de febrero del año 2017 entró en vigencia la ley 27.348. El art. 11 de esa ley modifica el art. 12 de la ley 24.557, permitiendo la actualización del ingreso base mensual (IBM) que será utilizado para calcular los montos indemnizatorios por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador. (44)

En línea con la ley 26.773, y sobre todo con el actual contexto socioeconómico de la Argentina, seriamente afectado por la

reaparición del fenómeno inflacionario y la devaluación de la moneda, la ley prevé criterios de actualización de los montos indemnizatorios.

La ley 27.348 no puede aplicarse retroactivamente a contingencias laborales anteriores a su entrada en vigencia; esta limitación prohibición temporal surge del art. 20 de la ley 27.348. (45)

Como era previsible, la ley 27.348 reabrió la discusión jurisprudencial con nuevos fallos (nacionales y provinciales) que se enfrentan nuevamente en un debate inconcluso. Como ha ocurrido otras veces, unos fallos hacen votos por la aplicación inmediata de la ley nueva, incluyendo a las relaciones jurídicas que, nacidas bajo el imperio de una ley anterior, siguen con vida al momento de entrar en vigencia la nueva.

(b) La reedición del sofisma. En ese orden, algunos fallos de la primera instancia postulan: Aclaro que no estoy propiciando un efecto retroactivo de la ley a las situaciones que no ampara, sino utilizando el nuevo criterio adoptado por el legislador, el mayor beneficio resultante de una legislación social más progresiva para actualizar los créditos correspondientes a situaciones preexistentes no canceladas o pendientes de reparación... (46).

La sentencia enfáticamente declara que no aplica retroactivamente el art. 11 de la ley 27.348; sin embargo, para resolver el asunto utiliza los criterios de la nueva ley para actualizar los créditos nacidos durante la vigencia de otra ley anterior.

En mi opinión, el argumento utilizado por el magistrado tiene por causa o por efecto la aplicación retroactiva de una ley que expresamente prohíbe su aplicación hacia el pasado. Es decir, declama su apego a la ley y en simultáneo trata de saltar sus mandas. Como antes dijéramos: este argumento es un sofisma porque presenta una idea aparente para disimular sus verdaderos efectos que, dicho sin objeciones, no son otros que decretar la retroactividad de una ley.

Tengo, sin perjuicio de lo dicho, posición favorable acerca del fallo; entiendo que el Magistrado quiso resolver el asunto aplicando los principios de Equidad que, en definitiva, es lo que piensa que hay que hacer. Sin embargo, la vía argumental utilizada está destinada a chocar con dos barreras infranqueables. En primer lugar, el fallo contradice a la Corte Suprema de la Nación que, recientemente, ha vuelto a explicar que no se puede decir que se acata Espósito y al momento de fijar las indemnizaciones utilizar pautas que toman el camino contrario al fijado en la causa Espósito. (47) En segundo lugar, el fallo que examinamos choca con el criterio inmutable que hasta el momento sostiene el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.

(c) La búsqueda de la Equidad. Ahora vamos a examinar una segunda variante, utilizada en algunos fallos y que pretende superar la incoherencia que supone anunciar que se acata un fallo de una instancia superior pero luego se aplica el criterio exactamente opuesto.

El argumento que ahora examinamos se mete de lleno en el plano de la Equidad y de la injusticia que representa el congelamiento de la fórmula prevista en el art. 12, Ley 24.557. Así, se ha dicho: De todo lo expuesto, se desprende que en las condiciones de aplicación actual de la ley 24.557, que quedan definidas por lo dispuesto por Tribunales que revisan las sentencias que dicto y que están dadas por lo resuelto por la Corte Federal en el fallo Espósito (el que en este caso, como ya dije he de seguir), mantener como módulo para definir la indemnización que percibirá el trabajador un salario devaluado, se encuentra en las antípodas de una indemnización justa, en los términos que surgen de la interpretación del art. 19 C.N. y del fallo Aquino de la C.S.J.N., por lo que resolveré declarar la inconstitucionalidad del art. 12 L.R.T., y disponer que a los fines del cálculo de la indemnización debida, se deberá contemplar el salario que le correspondería al actor, con más los adicionales respectivos al momento del dictado de esta sentencia(48)

Sin considerar si el fallo acertó o no el criterio de justicia aplicado, nos parece más razonable desde el punto de vista lógico. En este caso no incurre en la contradicción de afirmar el apoyo a una doctrina judicial que luego no utiliza. Ese error formal fue superado en este fallo que ubica la cuestión en el terreno de la Equidad y no en el de la temporalidad legal. Puede ser errada la opción elegida para alcanzar ese objetivo (el salario correspondiente con más los adicionales al momento de dictarse sentencia) pero la discusión está bien planteada en ese terreno. Ahora bien, continuando con el análisis de las pautas que regirán el cálculo de la indemnización, y teniendo en cuenta lo resuelto precedentemente, habré de efectuar un nuevo análisis de la constitucionalidad del art. 12 LR...Se trata de establecer si corresponde aplicar dicha norma, cuando considera el salario promedio de los mismos durante el año anterior al accidente, lo que significaría que, siendo dicho valor la base para el cálculo de la indemnización, esta se encontraría muy alejada de montos que representen la situación vigente al momento del dictado de las sentencias, por el proceso de actualización de las remuneraciones. (49)

El veredicto parece guiado por un dilema correctamente formulado ¿es justo actualizar los créditos laborales derivados de accidentes o enfermedades profesionales ocurridos antes del dictado de la ley 27.348? Ese conflicto es autónomo y no alcanza para responder a un segundo interrogante: ¿qué criterio de actualización es el más idóneo para alcanzar la noción de Equidad?

La actualización de créditos laborales, según nuestra opinión, involucra una dilema sustantivo consistente en determinar si es justa la actualización, y otro de tipo instrumental que pauta de actualización corresponde utilizar.

(d) La doctrina del *Stare decisis*. Con este nombre latino se denomina la doctrina, propia del derecho sajón, (*Common Law*) en la que el precedente judicial es una regla obligatoria; máxime cuando ella proviene de un tribunal de rango superior. En los países de tradición

sajona un fallo de la Corte Suprema es una regla inviolable para los tribunales de grado inferior.

En Argentina, la regla *Stare decisis* no integra el orden normativo positivo, pero tampoco es una doctrina extraña o inaplicable. De hecho, la Corte Suprema de la Nación, en la causa *Cerámica San Lorenzo*, se expidió afirmativamente con relación al deber moral que obliga a los jueces de grado a cumplir los fallos emitidos de tribunales superiores.

En el Considerando 4 de ese recordado fallo, la Corte dijo: ...Aquel requisito sólo se cumple si la articulación del dictum remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse. Principio que es de rigurosa aplicación cuando, como en el caso, la afirmación que efectúa el sentenciante, contradice el fallo de esta Corte en el cual el juez de primera instancia fundara su sentencia y respecto del cual, de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios, en virtud de los cuales sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado... (50)

Es decir, si bien no hay una obligación legal positiva de seguir los criterios de la Corte Suprema sí hay un deber funcional de los magistrados de grado menor, de no apartarse en forma intempestiva o inmotivada del criterio de la Corte. Santiago Legarre, en su buen artículo...cita Bidart Campos cuando el Maestro señalaba dice: En nuestra particular opinión, creemos que cuando la Corte interpreta la constitución y cuando ejerce el control de constitucionalidad, los demás tribunales federales y provinciales deben acatar las normas generales que surgen de su jurisprudencia (como derecho judicial vigente por su ejemplaridad) cuando fallan casos similares. Aplicamos

así el adagio que dice: La constitución es lo que la Corte dice que es.
(51)

El Superior de la Provincia, en la Causa Egue se refirió a esta doctrina en términos similares: no es obligatoria pero genera una cierta obligación de lealtad y acatamiento que solo puede quebrarse por motivos fundados: Si bien en el derecho argentino, no hay ninguna norma escrita, ni de rango constitucional ni de rango legal que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para los tribunales inferiores, como sucede en los países del common law que rige el principio de stare decisis vertical, no menos veraz resulta que el Máximo Tribunal ha construido el criterio que establece...sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias...(52)

Esa necesidad de seguir el fallo de la Corte no radica en una obligatoriedad positiva sino en razones de lógica y funcionalidad. Se debe la incongruencia de apartarse - sin motivo - de lo dicho por un tribunal superior que, en definitiva podrá revisar la decisión contraria. Como bien dice el Superior de la Provincia, no hay obligatoriedad pero si hay una razonabilidad, basada en la previsibilidad y la seguridad jurídica. Es que como he sostenido en precedentes del Superior Tribunal de Justicia, comulgo con la idea que expone que si bien éstos no emiten fallos obligatorios para el sistema de justicia, resulta preciso atender a las razones que hacen a su observación , por ejemplo: la predictibilidad, la seguridad, la economía de esfuerzos, la paz social. (53)

xiii) Un aporte personal hacia soluciones posibles

(a) Presentación. Para terminar este documento, nos complace aportar algunas soluciones posibles para superar la inequidad que supone permitir que los créditos laborales se deterioren por efecto de la inflación.

Frente a este tema se pueden tomar caminos distintos, pero es importante que cualquiera sea la vía elegida no se caiga en contradicciones y lógicas y se asuma el problema y sus consecuencias. Propiciamos pensamientos vanguardistas, pero sin falencias lógicas que colocan a la idea a mitad de camino entre lo que se dice acatar, y lo que realmente se decide. Propiciamos el uso de lenguaje claro y un pensamiento nítido y sin confusiones.

Las sentencias deben ser claras y convincentes para los justiciables. Los jueces deben decir el derecho para que las soluciones a las que arriben se entiendan claramente; no son pocas las veces que vemos fallos repletos de palabras cuya finalidad oscila entre describir la idea, disimularla o, directamente, sustituirla.

(b) Respetar la doctrina judicial nacional y provincial. Una primera solución consiste en aplicar a rajatabla los criterios expuestos en el fallo Espósito de la CSJ, y en el art. 20 de la ley 27.348 y rechazar los pedidos de actualización retroactiva de las contingencias laborales acaecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley.

Esta solución sería enteramente compatible con la doctrina judicial sentada primero por la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, y luego consolidada por el STJ en las causa Egue y Tello. Todos esos fallos son compatibles por la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema Nacional en los casos Espósito y Marando (septiembre de 2017).

Entendemos que lo más probable es que el Superior Tribunal de la Provincia vuelva a ratificar el criterio sentado en esos precedentes.

(c) Criterios innovadores. También es posible fundamentar el apartamiento a las doctrinas tradicionales y entonces sostener que la cuestión no pasa por decretarla inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, sino advertir que esa norma fue creada en contextos socioeconómicos que ya perdieron vigencia.

El art. 12 de la ley 24.557 no es inconstitucional sino anacrónico y el juzgador debe, si opta por esta idea, utilizar otras reglas legales que sean más justas para solucionar el caso.

En ese sentido, el art. 2 del Código Civil y Comercial marca una pauta interpretativa que puede ser útil para entender la idea que proponemos: Art. 2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La frase final del texto legal es casi la conclusión de este trabajo: se debe lograr una interpretación armónica y coherente de todo el ordenamiento; y eso incluye a todas sus leyes vigentes. El esfuerzo del operador jurídico será determinar cuál de esas normas es la que mejor se aplica al caso concreto. En esa dirección parece ir la Comisión Redactora del anteproyecto cuando dice: Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto. (54)

(d) Las actualizaciones previstas en el art. 276 LCT. En línea con las reflexiones ofrecidas en el antecedente, sostenemos que el art. 276 de la ley 20.744 no está derogado sino que dejó de ser útil frente al contexto socioeconómico en el cual nacieron las leyes 23.928 y 25.561. Estas normas son la respuesta legislativa al fenómeno de recesión y deflación posterior al período de inflación que afectó al país al finalizar la década del 80, y luego al finalizar la década siguiente.

El artículo 276 LCT cayó en desuso por las mismas razones que motivaron la creación de las citadas leyes. Por tanto, no es descabellado sostener que al desaparecer las causas transitorias que dieron ocasión a las leyes de emergencia económica, el art. 276 haya recuperado la vigencia que transitoriamente había perdido.

Una regla de estabilidad de precios en épocas de estabilidad monetaria es tan razonable como irracional se torna la misma regla aplicada en períodos inflacionarios y de caída del valor real de la moneda. Sin embargo, pensamos que, la solución no es declarar la inconstitucionalidad del art. 12 porque el problema no está en la norma sino en cambio del contexto social en el que ella opera; no se puede declarar la inconstitucionalidad de un contexto social, y ese el único pecado del art. 12 de la ley 24.557.

Frente al cambio socioeconómico, lo que procede es volver a aplicar las leyes más apropiadas para dar respuesta al nuevo escenario social. La solución que proponemos es aún más razonable si se piensa que esas leyes todavía subsisten en nuestro ordenamiento normativo, como es el caso del ya citado art. 276 LCT.

(e) Tener un pensamiento claro y evitar las incongruencias. Más allá de opiniones personales y convicciones más o menos íntimas, se debe mantener la coherencia en el razonamiento. No es acertado, según pensamos, decir que se sigue la doctrina judicial sentada por la CSJ en el caso Espósito y, en simultáneo, utilizar para relaciones anteriores el criterio de actualización previsto en la ley 27.348. Ello así porque esta ley rige para lo futuro y sus pautas se proyectan hacia el futuro. Si esas pautas se aplican para relaciones anteriores, se diga lo que se diga, se está haciendo un uso retroactivo de la ley.

Son esas las incongruencias que marcó la CSJ en el Caso Marando (sept. 2017) y que nos permiten pronosticar que los fallos que caen en semejante contradicción no podrán superar la valla

establecida por el Tribunal Superior de la Provincia y por la propia Corte Nacional, con relación a la temporalidad de las leyes.

xiv) Hacia un modelo de interpretación integral

(a) Presentación. Por último, a tono con el art. 2 del CCyC, y con el mentado diálogo de fuentes vamos a examinar algunas normas que pueden ser útiles para sostener la regla más equitativa de la actualización de los créditos laborales emergentes de la ley 25.557.

Se trata de normas contenidas en el código civil y comercial, pues pensamos que a partir de su entrada en vigencia, es la ley más importante del derecho privado y que su centralidad se proyecta hacia todas las demás leyes que conviven en el ordenamiento normativo nacional. Como bien lo señala la Comisión Redactora del Anteproyecto: En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. (55)

(b) El abuso de derecho: el art. 10 del Código Civil y Comercial. Esta norma dispone:

Art. 10: Abuso del derecho. 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. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Pensamos que permitir que una aseguradora de riesgos del trabajo se desobligue de una obligación que nació, por ejemplo, hace tres años pagando valores no actualizados significa una pérdida muy grande para el patrimonio del acreedor de esa obligación. Esa merma del patrimonio del acreedor constituye, a nuestro modo de ver, un ejercicio irregular de los derechos regulados en la ley 24.557. El abuso de derecho, en este caso, se patentiza porque el acreedor víctima del ejercicio abusivo es un trabajador que, precisamente, debe recibir la tutela efectiva del sistema jurídico.

(c) El enriquecimiento sin causa: el art. 1794 Código Civil y Comercial. Esta teoría que empezó siendo una construcción pretoriana, es hoy ley positiva vigente, y como tal participa de este diálogo de fuentes. Veamos.

Art. 1794.- Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

Nos parece evidente que si el deudor se libera de su obligación dando en pago una moneda devaluada es obvio que se ha enriquecido (exactamente por el monto de la devaluación monetaria) a expensas del acreedor que ha recibido menos de lo que le correspondía. La extensión de la pérdida del trabajador simétrica con el enriquecimiento de la aseguradora. Dicho en otras palabras: el obrero pierde, sin causa, todo lo que gana de más la compañía de seguros.

(d) El orden público vs. la retroactividad legal: el art. 960 CCyC. Esta norma, sobre la que ya nos hemos ocupado en otro trabajo (56) es fundamental para entender la solución que proponemos para aliviar las cuestiones que estuvimos analizando en este ensayo. Veamos el texto:

Art. 960. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Como puede advertirse, el texto legal le permite que los jueces intervengan en las relaciones contractuales individuales cuando en ellas se vea afectado el orden público. El dilema que debemos resolver es determinar si el congelamiento de los créditos laborales, en un contexto inflacionario severo, afecta el orden público.

En nuestra opinión, el congelamiento de los valores del Ingreso Base Mensual (IBM) que surge de la aplicación rusa del art. 12 de la vieja ley 24.557 viola el orden público laboral y determina una iniquidad manifiesta para los trabajadores que sufrieron contingencias laborales por accidentes o enfermedades laborales con anterioridad a febrero de 2017, fecha en que entra en vigencia la ley 27.348.

No se trata de discutir los efectos temporales de las leyes sino de la afectación del orden público por aplicación de leyes anacrónicas. El art. 960 CCyC pone de relieve una de las características centrales del código unificado vigente: la mayor intervención de los jueces en las relaciones contractuales para controlar el funcionamiento del orden público contractual. En ese orden de ideas, nos parece importante destacar que la tensión normativa no se da entre leyes que fueron creadas en escenarios sociales diversos sino entre normas de un mismo estatuto legal. La tensión se da entre el art. 7 y el 960 CCyC.

Como dijimos más arriba, no es cuestión de declarar la inconstitucionalidad de una ley cuyo único vicio es que perdió vigencia. Cuando ese ocurre el Juez, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de ninguna ley, puede intervenir la relación jurídica en integrarla aplicando criterios que remedien el orden

público afectado. No es una discusión sobre la temporalidad legal sino sobre la equidad y el orden público.

Se produce un concurso entre el art. 7 que establece que Las leyes no tienen efecto retroactivo, y el art. 960 que impide la intervención de los jueces, excepto cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. En este último caso la intervención jurisdiccional es tan necesaria que debe realizarse de oficio cuando la parte afectada omite el reclamo concreto de actualización.

En resumen, pensamos que una interpretación integral de todas las normas que están en juego nos permite solucionar la grave iniquidad que supone congelar indemnizaciones laborales, en épocas de alta inflación.

Referencias Bibliográficas

- (1) Aristóteles, *Ética nicomaquea*, (Trad) Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Losada, 2004, p 198.
- (2) Prola, Juan I., *Estrategia judicial en el derecho privado: La interpretación jurídica relacional*, Buenos Aires, Microjuris, 26-10-2015, MJD: 436.
- (3) Se trata, como dice el ya citado Juan Prola de hacer una interpretación relacional: La interpretación jurídica relacional, como vimos, es una forma de interpretación propia de los jueces, quienes jamás interpretan la ley de modo aislado y en abstracto, como los juristas teóricos, doctrinarios y académicos, sino siempre en relación con una conducta atribuida a un agente. Prola, Juan I., *Estrategia judicial en el derecho privado: La interpretación jurídica relacional*, Buenos Aires, Microjuris, 26-10-2015, MJD: 436.
- (4) Art. 12. 1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a cotización correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o al tiempo de prestación de servicio si

fuera menor a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado. 2. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4.

(5) Art. 7 Ley 23.928/ 25.561. El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto. (Artículo sustituido por art. 4º de la Ley N° 25.561 B.O. 7/1/2002).

(6) Art. 770.- Anatocismo. No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.

(7) Art. 772. Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

(8) Se recoge el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor, ampliamente reconocido en la doctrina. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios. El monto resultante debe corresponder al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada

habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección. Esta norma es importante para evitar distorsiones derivadas de la aplicación de índices, tema sobre el cual hubo una extensa experiencia en la historia argentina. El valor real es el que tiene prioridad. (Comisión Redactora del Anteproyecto de CCyC, en Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 246).

(9) Art. 12, Ley 24.557, modificada por ley 27.348: Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio: 1°. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables). 2°. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina. 3°. A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el artículo 770 del Código Civil y Comercial acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación.

(10) Art. 20, Ley 27.348. La modificación prevista al artículo 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primer manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley.

(11) Art. 276 LCT. Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago. Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra. (Texto según ley 23.616, 1988).

(12) La actualización de los créditos laborales es un tema que el legislador laboral tuvo presente y trato en la Ley de Contrato de Trabajo... pero, desde el dictado de la ley 23.928 de convertibilidad en el año 1991...debe considerarse que el art. 276 LCT se encuentra derogado por la prohibición general que impera en dicha materia desde hace más de veinte años. (Gabet, Emiliano, Vigencia de la prohibición de indexar créditos laborales (DT 2013, Cita Online: AR/DOC/275/2013).

(13) Belatti, Luis Enrique c/ F.A. s/ cobro de australes, CSJ, 20-12-2011.

(14) Massolo, Alberto José c/ Transportadora del Tejar, CSJ, 20-04-2010.

(15) Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART, 7-06-2016.

(16) Marando, Catalina Graciela c/ QBE Argentina ART s/ accidente, CSJ, 12-09-2017.

(17) Marando, Catalina Graciela c/ QBE Argentina ART s/ accidente, CSJ, 12-09-2017.

(18) Cito un ejemplo tomado de un fallo reciente de nuestra provincia que resulta convalidado por la cámara de Apelaciones: Aclaro que no estoy propiciando un ejercicio retroactivo de la ley a situaciones que no ampara, sino utilizando el nuevo criterio adoptado por el legislador, el mayor beneficio resultante de una legislación social más progresiva para actualizar los créditos correspondientes a situaciones preexistentes para actualizar los créditos correspondientes a situaciones preexistentes no canceladas o pendientes de reparación (art. 7 CCyC). (Expte. 49/2014).

Este es precisamente el argumento que la CSJ rechazó en Marando. No se puede, en el mismo fallo, declarar que se sigue la regla de Espósito y, en simultáneo, utilizar el criterio de actualización de la ley 27.348 y aplicarlo retroactivamente, violando la doctrina Espósito y el propio art. 20, ley 27.348 que prohíbe expresamente la retroactividad.

(19) Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales s/ accidentes de trabajo, CSJ, sept. 2004

(20) Marando, Catalina Graciela c/ QBE Argentina ART s/ accidente, CSJ, 12-09-2017.

(21) Art. 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

(22) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 21.

(23) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 6.

(24) Para cerrar esta nota, y tras el bosquejo doctrinario de la interpretación jurídica relacional, cabe hacer notar la importancia que tienen los conocimientos psicológicos y sociológicos para el magistrado de nuestros días. No estoy diciendo con esto que los jueces deban ser psicoanalistas o sociólogos, sino que un acercamiento a tales disciplinas es más que recomendable para cualquier juez con preocupación por su trabajo en los días que corren. Ya que no se puede desconocer que el juez ha dejado de ser una máquina expendedora de fallos, para tener la necesidad de responder al compromiso social que asumió el día de su juramento. El perfil de magistrado que vemos no es, como se dijo en el exordio, el de un juez neutral, en nuestra opinión no existe la neutralidad judicial. Sí existe la imparcialidad, pero eso es otra cosa. Tan lejos de la neutralidad como

de la demagogia, el juez está puesto en su lugar con el compromiso de realizar el programa constitucional, de encauzar las conductas particulares y relaciones entre las personas hacia los valores contenidos en la Carta Magna. (Prola, Juan I., Estrategia judicial en el derecho privado: La interpretación jurídica relacional, Buenos Aires, Microjuris, 26-10-2015, MJD: 436).

(25) Art. 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

(26) Ubiría, Fernando, Alfredo, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p.8.

(27) Garrido Cordobera, Lidia M. R, La aplicación de los principios de no regresión, solidaridad y «pro homine»: El desafío ambiental del siglo XXI, Buenos Aires, Microjuris, 18-06-2015, Citar: MJD 7277.

(28) Garrido Cordobera, Lidia M. R, La aplicación de los principios de no regresión, solidaridad y «pro homine»: El desafío ambiental del siglo XXI, Buenos Aires, Microjuris, 18-06-2015, Citar: MJD 7277.

(29) Huilcan, Marcelina v. ART INTERACCIÓN, Puerto Madryn, mayo de 2015

(30) Huilcan, Marcelina v. ART INTERACCIÓN, Puerto Madryn, mayo de 2015, (Del Voto del Dr. Vivas).

(31) Huilcan, Marcelina v. ART INTERACCIÓN, Puerto Madryn, mayo de 2015, (Del Voto del Dr. Vivas).

(32) Mercado Fuentes, Eduardo v. PREVENCIÓN ART, Puerto Madryn, abril de 2015,

(33) Mercado Fuentes, Eduardo v. PREVENCIÓN ART, Puerto Madryn, abril de 2015, (Del Voto del Dr. Fiordelisi)

(34) Mercado Fuentes, Eduardo v. PREVENCIÓN ART, Puerto Madryn, abril de 2015, (Del Voto del Dr. Fiordelisi)

- (35) Egue, Bernardo Agapito c/ LA CAJA ART S.A., STJ, 7/11/2016, Expte. 23441 - E 2014.
- (36) Egue, Bernardo Agapito c/ LA CAJA ART S.A., STJ, 7/11/2016, Expte. 23441 - E 2014, Considerando 5 (Del Voto del Dr. Pfleger)
- (37) Egue, Bernardo Agapito c/ LA CAJA ART S.A., STJ, 7/11/2016, Expte. 23441 - E 2014, Considerando 6 (Del Voto del Dr. Pfleger).
- (38) Egue, Bernardo Agapito c/ LA CAJA ART S.A., STJ, 7/11/2016, Expte. 23441 - E 2014, Considerando 10 (Del Voto del Dr. Pfleger).
- (39) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015.
- (40) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015, Considerando 5 (Del Voto del Dr. Pfleger).
- (41) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015, Considerando 6 (Del Voto del Dr. Pfleger).
- (42) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015, Considerando 6 (Del Voto del Dr. Pfleger).
- (43) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015, Considerando 6 (Del Voto del Dr. Pfleger).
- (44) Art. 12, Ley 27.348. Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio: 1°. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores

Estables). 2°. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina. 3°. A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el artículo 770 del Código Civil y Comercial acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación.

(45) Art. 20, Ley 27.348. La modificación prevista al artículo 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primer manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley.

(46) Cajal, Adolfo Omar c/ Swiss Medical ART S.A., Trelew, 31-05-2017, Registro Sentencia 51/2017

(47) Ver Considerando 4, Marando, Catalina Graciela c/ QBE Argentina ART s/ accidente, CSJ, 12-09-2017.

(48) Kutschker, Daniel Osvaldo c/ GALENO ART. S.A., Trelew, 24-07-2017, Registro Sentencia 68/2017.

(49) Kutschker, Daniel Osvaldo c/ GALENO ART. S.A., Trelew, 24-07-2017, Registro Sentencia 68/2017.

(50) Cerámica San Lorenzo s/ prescripción, CSJ, 4/07/1985. (Fallo no firme al momento de escribir este ensayo).

(51) Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1993, Vol. II, p. 474. Texto citado en Legarre Sergio, Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos, http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/stare_decisis_y_dcho_judicial.pdf, Fecha de caputua: 20-09-2017.

(52) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015, Considerando 6 (Del Voto del Dr. Pfleger).

- (53) Tello, Ana María v. MAPFRE ARGENTINA ART S.A, STJ, 17-02-2017, Expte. 23625 - T 2015, Considerando 6 (Del Voto del Dr. Pflieger).
- (54) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 24.
- (55) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 317.
- (56) Shina, Fernando, ¿Irretroactividad de las leyes o equidad en las relaciones jurídicas? El diálogo de fuentes en el Derecho laboral, elDial.com, Buenos Aires, 31-08-2017, Citar: DC23BD

La regla pacta sunt servanda

Los pormenores de un principio sobrevalorado en el Derecho

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC2459

[Consultado el: 04/10/2021]

i) Presentación. La regla de la obligatoriedad de los contratos arranca, como tantos otros principios trascendentales, en el derecho romano. Sin embargo, allí no todo convenio era obligatorio. El Profesor Argüello explica: En el derecho moderno todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones encuentra protección legal y, por consiguiente, convención y contrato son términos con igual significado. Esto no ocurría en el derecho romano, desde que no todo acuerdo de voluntades entrañaba un contrato, sino sólo aquellos convenios a los que la ley les atribuía el efecto de hacer nacer obligaciones civilmente exigibles, es decir, protegidos por una actio. (1)

La coercitividad del acuerdo estaba dada por la aptitud legal que sólo algunos contratos tenían. Sin esa legitimación, los acuerdos no producían obligaciones en el sentido estricto de la palabra. La noción de contrato es, pues, más restringida en la concepción romana, ya que solamente de un determinado número de convenciones nacerán las obligaciones civilmente exigibles por una actio, que será típica de cada relación contractual y tendrá su propia apelación o propio nombre. (2)

El principio de la obligatoriedad es firmemente aceptado en la tradición francesa. Los autores Boulanger y Ripert, dicen: El art. 1134 expresa en la forma más enérgica la fuerza obligatoria del

contrato...Esta fuerza obligatoria tiene un doble fundamento: una idea moral, el respeto a la palabra dada; y un interés económico, la necesidad del crédito.(3) A pesar de que los autores le adjudican a la regla una doble función, el objetivo final de la obligatoriedad contractual es el mismo. El cumplimiento de la palabra, la necesidad del crédito, y el tráfico de riqueza tienen un denominador común: la seguridad jurídica.

Para Félix Lamas, Esto implica que la obligación -en el caso, la obligación jurídica - es intrínsecamente violable. Pero he aquí que la necesidad del fin del Derecho, también hemos dicho, es absoluta desde el punto de vista de la naturaleza humana. Esto quiere decir que el orden jurídico no puede tolerar su vulneración, porque ello compromete su propia existencia como orden a un fin. De ahí que tenga que prever, como alternativa de la necesidad de fin, una necesidad de hecho para el caso de que aquella fracase. Y esta necesidad de hecho es la coacción. Ella consiste en una cierta violencia que se ejerce sobre la voluntad de alguien y, en sentido jurídico, tiene por objeto la sustitución de la conducta debida omitida o el castigo de dicho incumplimiento o de la prohibición violada (4)

El contrato es asimilable a la ley. En ambos casos se describen las conductas esperadas y las consecuencias de un eventual apartamiento de la conducta del sujeto. En el derecho privado, la ley y el contrato mantienen una relación de alternatividad y complementariedad. Allí donde no hay contrato se aplica la ley, pero si las partes acordaron sus conductas en el contrato, la ley se aparta y rige la voluntad de los contratantes. Los citados autores franceses dicen: La comparación del contrato con la ley es tradicional... Es sin embargo criticable. La ley es superior al contrato en tanto que es imperativa ya que el contrato no puede derogarla; es inferior en tanto que interpretativa o facultativa puesto que no se aplica sino en defecto del contrato. No debe retenerse de la disposición del art. 1134 más que la idea de la fuerza obligatoria del contrato.

La regla de la obligatoriedad contractual llega a nuestro Código Civil a través del art. 1197 y se mantiene en el Código Civil y Comercial en el art. 959.

ii) La obligatoriedad contractual en el Código de Vélez Sarsfield. La redacción del art. 1197 CC es contundente: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Desde entonces, la regla *pacta sunt servanda* ocupa un lugar preponderante en la Teoría General del Contrato, y en el ordenamiento jurídico.

El jurista Lavalle Cobo explica el sentido de esta norma: La fuerza obligatoria del contrato implica la facultad de obligarse libremente, o sea la libertad contractual, de forma tal que resultan idénticos los límites de una y otra, o, en otras palabras, que el contrato obliga dentro del marco de libertad establecido por la ley. La libertad de contratar - y con ella la obligatoriedad del pacto - conforme a lo dispuesto...es la regla, y las prohibiciones, por tanto, son de carácter excepcional. (5)

Acertadamente, Lavalle Cobo vincula la obligatoriedad de los contratos con la libertad de contratar de las partes. La condición obligatoria de los contratos es inescindible de la libertad que las partes tuvieron al momento de la celebración. Para la Teoría General del contrato, la finalidad última de la libertad contractual es permitir que los contratos sean obligatorios, y, por tanto, exigibles por imperio legal. La regla '*pacta sunt servanda*' es un concepto derivado de la libertad contractual.

iii) La obligatoriedad contractual en el Código Civil y Comercial. La obligatoriedad contractual se mantiene en el código unificado vigente en el art. 959.

La Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial explica: Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el

cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley. (6)

En primer lugar, el contrato es un acuerdo que requiere el consentimiento libre de las partes que lo integran (conf., art. 957 CCyC.).(7)En segundo término, el Código se encarga de prescribir la libertad de contratación que, como ya dijimos, es núcleo central de la regla 'pacta sunt servanda'. (conf., art. 958).(8)Finalmente, el art. 959 CCyC le asigna, expresamente, obligatoriedad a los acuerdos celebrados entre los contratantes. (9)El artículo 960 CCyC(10) actúa como cierre de toda la teoría contractual. Este texto legal prescribe que la contratación privada está exenta de la intervención de los magistrados quienes, salvo casos extraordinarios, no podrán modificar los acuerdos celebrados libremente por las partes.

En resumidas cuentas, el contrato paritario previsto en el Código Civil y Comercial, igual que el que fuera creado por Vélez Sarsfield hace casi ciento cincuenta años, gira en tornos a las mismas reglas: (a) la libertad de contratación (autonomía de la voluntad); (b) la obligatoriedad del contrato (pacta sunt servanda); y (c) la no intervención de la contratación entre privados.

iv) Contratos menos libres, pero más justos. La mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad son contratos de consumo. Es decir, tipos contractuales protegidos por una ley de tutelar (Ley n° 24.240) y que no está regulados por las reglas del contrato paritario. Asimismo, el Código Civil y Comercial (arts. 1092 a

1122) regula los contratos de consumo con las mismas protecciones que la ley 24.240. Este predominio tan marcado de las relaciones de consumo determina, como efecto inmediato, el retroceso de la regla *pacta sunt servanda* y la libertad de contratación que ya no tienen la gravitación que tuvieron hasta la segunda mitad del siglo XX.

Para Eduardo Zannoni: A pesar de su tremendo peso, el idilio racional con la libertad, así entendida, tuvo filosóficamente vida efímera, salvo como infraestructura ideológica. Porque bien pronto, como lo recuerdo Del Vecchio, en el campo especulativo se produjo la floración de escritos enderezados también a exaltar la autoridad de los poderes establecidos y consagrados secularmente, contra las pretensiones innovadoras de la razón individual.⁽¹¹⁾ Compartimos la idea del prestigioso jurista: la relación entre la libertad contractual y el contrato real es idílicamente presentada en la actual legislación.

v) Las paradojas de la regla *pacta sunt servanda*.

i) Presentación. Una paradoja describe la existencia de reflexiones que contienen aparentes contradicciones. Se trata de afirmaciones que individualmente son aceptadas pero que, al ser confrontadas entre sí, una parece negar a la otra. La mayoría de los grandes temas filosóficos contienen formulaciones paradójicas más o menos insolubles. La libertad es uno de esos conceptos filosóficos que suscita más contradicciones.

Cuando nos enfrentamos a un concepto paradójico, podemos tomar partido por uno de los extremos propuestos y desechar el otro, o podemos buscar fórmulas para superar la contradicción aparente.

ii) El cumplimiento de los contratos y los contratos dañosos: *Pacta sunt servanda* v. *Alterum non laedere*. Al referirse a la regla *pacta sunt servanda*, Fernando Ubiría dice: Es un principio del derecho de los contratos. Los contratos nacen para ser cumplidos..., directiva de raíz romana que tiene gran importancia en el terreno de los negocios económicos-jurídicos y que evidencia un fuerte y sano componente

moralizador. No obstante, para nuestra disciplina resulta perfectamente comprendida dentro de los anchos márgenes del ‘alterum non laedere y de la prevención, pues los perjuicios pueden ocasionarse a través de distintas vías, por ejemplo, del incumplimiento de la palabra empeñada. (12)

El mismo autor define a la regla Alterum non ladere: Significa no dañar a otro, y ha sido elaborado en el derecho romano por Ulpiano...Es el principio madre, en esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema, y así el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que, si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *minem ladere*. (13)

Las reflexiones anotadas nos muestran la existencia de dos principios esenciales al Derecho. El primero se refiere a la obligatoriedad de la palabra empeñada en los contratos. El segundo, aún más importante, determina la obligación genérica de no dañar a otros. El cruce de estos dos principios nos permite hacer un enunciado lógico de dos premisas y una conclusión inevitable. Veamos: (a) El sistema legal prohíbe dañar a los otros (*alterum non ladere*). (b) El sistema legal dispone que los contratos son obligatorios (*pacta sunt servanda*). (c) El incumplimiento de los contratos ocasiona daños.

Estos enunciados nos permiten pensar en la posible existencia de una cuarta premisa. Es posible la concreción de un daño por cumplir la palabra empeñada: cuando el contrato injusto es obligatorio, el cumplimiento del acuerdo es la fuente directa del daño sufrido por la víctima. He aquí una paradoja difícil de superar: la obligatoriedad del contrato. Es innumerable la cantidad de contratos abusivos que se cumplen a diario dejando un tendal de víctimas de la paradoja del injusto obligatorio

Cuando exigimos el cumplimiento de un contrato abusivo, quien lo cumple padece un daño injusto que no debió tolerar si el contrato hubiera sido justo o, por lo menos, no hubiera sido obligatorio. Cuando se postula que todos los contratos son obligatorios y que algunos contratos, además de obligatorios pueden ser injustos, aparece la probabilidad de que algunos contratos injustos sean obligatorios.

El cumplimiento de un contrato injusto es tan dañino para quien lo cumple, como el incumplimiento de uno justo lo es para quien sufre la falta de su contraparte.

Además, el contrato obligatorio, injusto que ocasiona un daño al ser cumplido instaura otra paradoja. Por un lado, se cumple con la regla *pacta sunt servanda* (conf., art. 959 CCyC) y por el otro se viola la regla *alterum non laedere*, (conf., art. 1716 CCyC) que prohíbe el daño injusto.

iii) Algunas reflexiones moderadas del inmoderado John Stuart Mill. A pesar de recibir la crítica de inmoderado, John Stuart Mill (1806 - 1873) es otros de los pensadores que se mete de lleno en la discusión para buscar equilibrios entre la libertad del individuo, la obligatoriedad de la palabra empeñada, y la justicia de los acuerdos. En una parte de su célebre obra, *Sobre la libertad*, Stuart Mill dice: Ya queda indicado anteriormente en este mismo ensayo que la libertad del individuo en aquellas cosas que tan sólo a él conciernen implica una libertad análoga en un número cualquiera de individuos para regular por mutuo acuerdo las cosas en las que ellos, y sólo ellos, estén conjuntamente interesados...; pero como esta voluntad puede cambiar, con frecuencia es necesario, aun en cosas que tan sólo a ellos interesan, que esta personas adquiera compromisos entre sí, y entonces es conveniente, como regla general, que estos compromisos sean cumplidos. (14)

La regla de la obligatoriedad de los compromisos es universalmente aceptada, pero, no obstante, su alcance puede

ocasionar divergencias interpretativas: Esta regla general, sin embargo, tiene en las leyes, probablemente, de todos los países, algunas excepciones. No sólo no se obliga al cumplimiento de compromisos que violan derecho de terceros, sino que, a veces se considera suficiente para liberar a una persona del cumplimiento de un compromiso, la de que éste sea perjudicial para ella misma. (15)

En esta reflexión, Stuart Mill aporta una idea relevante. No solamente se establece una limitación de la obligatoriedad cuando sea perjudicial para los terceros, sino que la protección alcanza al propio contratante. La regla *pacta sunt servanda* retrocede, incluso, cuando la estipulación perjudica únicamente a quien, libremente, aceptó las condiciones del contrato. Se admite la libertad contractual y se asegura su obligatoriedad, pero la coercibilidad no debe colisionar con el interés de los terceros ni con el propio de cada contratante. No se puede pactar algo injusto, y tampoco se puede renunciar a derechos que el ordenamiento dispuso para cada individuo. Muchas veces - quizás la mayoría - lo injusto no consiste en la aceptación de una obligación abusiva sino en la renuncia de un derecho irrenunciable.

Como bien dice Stuart Mill: la libertad de contratar no admite la posibilidad que se firme un contrato que tenga por causa o por efecto la abdicación de la libertad. O sea: no se es libre para renunciar a la libertad. En este, como en los más países civilizados, un compromiso por el cual una persona se vendiera, o consintiera en ser vendido como esclavo, sería nulo y sin ningún valor...El principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. No es libertad el poder renunciar a la libertad. Estas razones, cuya fuerza salta a la vista en este caso particular, tiene, evidentemente, una aplicación mucho más amplia; a pesar de lo cual, en todas partes se ven limitaciones por las necesidades de la vida, las cuales continuamente exigen, no que renunciemos a nuestra libertad, pero sí que consintamos en verla de esta o la otra manera limitada. (16)

No se puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. Stuart Mill plantea magistralmente la hipótesis implicada en este

trabajo que no es otra que presentar formulaciones que concilien el principio aristotélico de la reciprocidad y la regla *pacta sunt servanda*. En el pensamiento este filósofo inglés también está presente la idea de que la libertad sólo se sostiene limitando su alcance: las formulaciones exageradas de la libertad son incompatibles con la Equidad.

iv) El problema de la contradicción de los principios sustantivos. En el ámbito del Derecho, las contradicciones adquieren mucha importancia cuando se refieren normas cuya jerarquía en el sistema es idéntica. Ese concurso de textos legales da como resultado la validez de dos normas que se chocan entre sí.

Para Carlos Nino, Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. En la formulación de Alchourrón y Bulygin, un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa. (17)

En la hipótesis que planteamos, la contradicción no se da entre normas sino entre principios rectores del ordenamiento normativo: la reciprocidad contractual versus la obligatoriedad de los pactos.

Nino continúa su explicación: La primera condición para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicación. La segunda condición, es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles. (18)

En este punto conviene hacer una distinción. Entendemos que la primera condición se da íntegramente porque ambos principios se refieren al contrato o a la relación contractual. Tanto la reciprocidad en los intercambios como la obligatoriedad de los acuerdos aluden al contrato. En cuanto a la segunda condición señalada por Nino, es decir aquella referida a las soluciones que una y

otra regla dan en concreto, debemos admitir que en nuestra hipótesis la incompatibilidad es, relativa. En algunos casos, la reciprocidad y la obligatoriedad serán reglas incompatibles y en otros casos podrán convivir sin inconvenientes. No siempre la reciprocidad y la obligatoriedad están en conflicto; es probable que haya contratos obligatorios que respeten la reciprocidad y también es posible que existan contratos obligatorios que no la respeten. Esto quiere decir que estamos frente a una contradicción eventual que puede verificarse o puede no verificarse.

Esta característica las asemeja a lo que Nino llama inconsistencia parcial-parcial: Por último, la inconsistencia parcial-parcial se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles su superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencia autónomos. (19) La incompatibilidad entre la regla de la reciprocidad en los tratos y la obligatoriedad de los contratos sólo ocasionalmente presentan inconsistencias.

Sin perjuicio de esa limitación lógica, sabemos empíricamente que existen incontables contratos injustos cuyo cumplimiento legal se exige y cuya ejecución se ordena como si fueran títulos bañados de Equidad. Por caso, los contratos de préstamo de dinero (que incluye a las operaciones realizadas con tarjetas de crédito) con intereses usurarios son tan corrientes que su notoriedad nos alivia de mayores explicaciones.

Es preciso superar la contradicción de los principios consagrando la preponderancia de la equidad sobre la obligatoriedad de los contratos.

v) El intervencionismo conciliador. Cuando dos conceptos son antagónicos, pero al mismo tiempo son razonables para la opinión general, y necesarios para el funcionamiento del sistema jurídico, no queda otra alternativa que encontrar reglas de compatibilidad que permitan la subsistencia de ambos principios.

No es posible prescindir de la regla de reciprocidad en los tratos, ni tampoco de la obligatoriedad que hace posible que los contratos sean exigibles legalmente. No es dudoso afirmar que el principio *pacta sunt servanda* es imprescindible para sostener la reciprocidad contractual. Sin embargo, el uso exagerado de la obligatoriedad contractual puede producir el efecto contrario y avasallar, primero la reciprocidad de las obligaciones y, finalmente, la Equidad.

Los contratos no pueden ser obligatorios si son injustos. La Equidad depende de un equilibrio razonable entre la seguridad jurídica y la reciprocidad de los cambios. Ese equilibrio proviene de la ley, y ella de sólo puede lograr con una moderada pero eficiente intervención del Estado.

Thomas Hobbes (1588 - 1679), en su célebre *Leviatán* reflexiona: Porque la justicia, es decir, el cumplimiento de los pactos y dar a cada uno lo suyo, es un dictado de la ley natural. Pero cada súbdito de una república ha pactado obedecer la ley...y, por tanto, la obediencia a la ley civil forma parte también de la ley natural...Pero el derecho natural, esto es, la libertad natural del hombre, puede ser reducida o limitada por la ley civil. En realidad, la finalidad de hacer leyes no es sino esa limitación, sin la cual no existiría posibilidad alguna de paz. Y la ley no se trajo al mundo sino para restringir la libertad natural de los hombres particulares, a fin de que puedan no herirse sino ayudarse unos a otros y reunirse frente a un enemigo común.(20)En Hobbes aparece claramente que la mejor manera de conservar la libertad es mediante la aplicación de leyes civiles que, precisamente, limitan esa libertad. La idea de límite, como también la de exceso y equilibrio señalan puntos de conciliación entre libertad individual limitada, y la Equidad, entendida, ésta última, como un atributo del bienestar general de una sociedad.

John Locke (1632 - 1704), en su Segundo ensayo sobre el gobierno civil expresa: Como la gran finalidad de los hombres al entrar en sociedad es disfrutar de sus propiedades en paz y seguridad,

y el gran instrumento y medio para ello son las leyes establecidas en dicha sociedad, la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados es el establecimiento del poder legislativo. (21)

David Hume (1711 - 1778) señala: Si todos los hombres profesasen un respeto tan inflexible por la justicia que se abstuvieran por propia voluntad de atentar contra los bienes ajenos, habrían permanecido en absoluta libertad, sin sujeción a ningún magistrado o sociedad política; pero éste es un estado de perfección del que acertadamente se considera incapaz a la naturaleza humana. (22)

La misma situación que describen estos pensadores se repite en la teoría general del contrato. La autonomía de la voluntad sin control engendra contratos con una marcada tendencia a la explotación del contratante fuerte sobre el débil. Las leyes deben promover contratos que sean justos y luego obligatorios, como si la justicia fuera la condición necesaria y suficiente de la obligatoriedad. En sentido opuesto, la sola obligatoriedad de los acuerdos no es suficiente para la creación de contratos justos.

Jean Jacques Rousseau (1712 – 1778) en su Contrato social señala que: Se necesitan, así, convenciones y leyes para unir los derechos a los deberes y llevar la justicia a su objeto. En el estado de naturaleza, donde todo es común, nada debo a quienes nada he prometido; no reconozco que sea de otro sino lo que me es inútil. No sucede lo mismo en el estado civil, donde todos los derechos están fijados por la ley. (23)Es claro Rousseau cuando sostiene que la única manera de que la justicia cumpla su objeto es fijar el ejercicio del derecho a los términos de una ley.

John Stuart Mill (1806 - 1873), sin resignar su pensamiento liberal y utilitario admite que La libertad del individuo debe ser así limitada; no debe convertirse en un perjuicio para los demás. Pero sí se abstiene de molestar a los demás en lo que les afecta y obra, meramente, según su propia inclinación y juicio en cosas que a él solo se refieren, las mismas razones que demuestran que la opinión debe

ser libre, prueban también que debe serle permitido poner en práctica sus opiniones por su cuenta y riesgo. (24)

Un contrato que obliga a pagar intereses de usura, o que le impone la renuncia de un derecho irrenunciable sobrepasa lo que Stuart Mill entiende como cuenta y el riesgo propio. Al contrario, la estipulación injusta pone en la cuenta del otro todas las desventajas de un negocio. Por tanto, aún en la teoría de este pensador ultraliberal, la obligatoriedad de los contratos debe estar limitada por la ley para prevenir las previsible injusticias derivadas del exceso de libertad.

Las reflexiones que hemos reseñado pertenecen a distintos pensadores que han tenido notable influencia en los últimos trescientos años. Todos ellos tienen, al menos, dos puntos de comunión. En primer lugar, sostienen que el exceso de libertad termina por anular la libertad razonable que se requiere para obrar con Equidad. En segundo lugar, señalan que la mejor forma de conciliar la libertad con la Equidad es la creación y la aplicación de leyes que limiten la conducta discrecional. En resumen: la intervención del Estado es necesaria para que el intercambio contractual coercible se haga con arreglo a la noción sustantiva de Equidad

Referencias Bibliográficas

- (1) Argüello, Rodolfo, Manual..., p 297.
- (2) Argüello, Rodolfo, Manual..., p 297.
- (3) Ripert, Georges - Boulanger, Jean, Tratado de Derecho Civil, obligaciones Buenos Aires, La Ley, 2002, trad., Delia García Daireaux, T. IV, p 283.
- (4) Lamas, Félix, La experiencia jurídica..., p 349.
- (5) Belluscio (Dir.) - Zannoni (Coord.), Código Civil, Buenos Aires, Astrea, (1978 - 2012), T V, p 890.
- (6) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 285.

- (7) Art. 957 CCyC Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.
- (8) Art. 958 CCyC Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.
- (9) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.
- (10) Art. 960 CCyC. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.
- (11) Zannoni, Eduardo, Crisis de la razón jurídica, Buenos Aires, Astrea, 1980, p 125.
- (12) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Bs As, Abeledo Perrot, 2015, p 35 -36.
- (13) Ubiría, Fernando, Derecho de daños..., p 30.
- (14) Stuart Mill, John, Sobre libertad, Madrid, Sarpe, 1984, p 153.
- (15) Stuart Mill, John, Sobre la libertad..., p 154.
- (16) Stuart Mill, John, Sobre la libertad..., p 154.
- (17) Nino, Carlos, Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea, 2013, p 272 -273.
- (18) Nino, Carlos, Introducción..., p 273.
- (19) Nino, Carlos, Introducción..., p 275.
- (20) Hobbes, Thomas, Leviatán, (Trad) Antonio Escohotado, Buenos Aires, Losada, 2011, p 235 - 236.
- (21) Locke, John, Segundo ensayo sobre el gobierno civil, (Trad) Cristina Piña, Buenos Aires, Losada, 2002, p 99.
- (22) Hume, David, Ensayos Políticos, Bs As, Claridad, 2011, p 97.
- (23) Rousseau Jean J., El contrato social, Buenos Aires, Gradifco, Belén Jáuregui (trad.), 2007, p 46.
- (24) Stuart Mill, John, Sobre la libertad..., p 94.

La Corte Suprema y las actualizaciones de los créditos laborales. El diálogo de fuentes y los créditos laborales

por Fernando E. Shina.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2579/2017

[Consultado el: 13/07/2021]

Sumario

I. Presentación general. — II. El objeto particular de este ensayo. — III. Los principios del Derecho en tensión. — IV. Las leyes implicadas. — V. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — VI. La compatibilidad. La formulación de un nuevo dilema. — VII. El diálogo de fuentes como criterio hermenéutico. — VIII. La prelación normativa en el actual sistema legal. El predominio de la norma indisponible. El principio pro homine. — IX. El diálogo de fuentes en el Derecho Laboral. — X. La jurisprudencia de la provincia del Chubut. — XI. La doctrina judicial del Superior Tribunal de la provincia del Chubut. — XII. Las nuevas oscilaciones de la jurisprudencia de la provincia. — XIII. Un aporte personal hacia soluciones posibles. — XIV. Hacia un modelo de interpretación integral.

I. Presentación general

Palabras más o palabras menos, hace poco menos que 2500 años el inimitable Aristóteles (1) nos enseñaba que el legislador hace leyes sobre contextos generales, abstraído del caso particular que la misma ley luego debe resolver. El acto creador de la ley se basa en la lectura acertada de los escenarios sociales; pero es el juez y no el legislador quien debe adaptar la ley a medida que los contextos

sociales vayan cambiando. El juez, de alguna manera figurada, es el pulso cambiante de una sociedad dinámica; por eso su tarea interpretativa duplica las dificultades que asume el legislador. Su labor consiste en aplicar la ley asociada a contextos sociológicos determinados, y además aplicarla a casos concretos, vinculados a tramas individuales que no necesariamente coinciden con los contextos generales. Ese es el desafío que debe asumir el mejor intérprete: vincular entornos generales con realidades particulares. En ese sentido, Juan Prola señala: "Algo similar se puede decir aquí, pues, en el fondo de todas las cosas se nos habla de interpretación de la ley, pero no es la ley aislada lo que se interpreta. En efecto, en el plano de la decisión judicial, lo que se interpreta es siempre una conducta en relación con la ley, no la ley aislada ni la conducta aislada, al juez le toca interpretar una relación, la que vincula la conducta juzgada con el texto legal. Esta es una relación de adecuación o conformación de la conducta al texto de la norma. Si el juez interpreta que la conducta se adecua a la norma, entonces libera al obligado; de lo contrario, lo condena" (2).

II. El objeto particular de este ensayo

En materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se están dando situaciones que generan tensiones normativas entre las leyes viejas y algunas normas que se van incorporando al ordenamiento. En verdad, nosotros pensamos que esas las tensiones no son de tipos normativos sino que obedecen a cambiantes contextos sociológicos y económicos. La índole de la discusión nos obliga a examinar los principios jurídicos generales para resolver qué norma o qué criterio resulta más equitativo aplicar para resolver los casos que se repiten en todos los tribunales de la provincia.

Este ensayo se propone ofrecer una revista por las distintas leyes que están en juego, y los criterios aplicados por los tribunales nacionales y los de la provincia. Para terminar se ofrecen algunas ideas

que compartimos para incluir en el debate criterios que nos parecen más aggiornadas con el Cód. Civ. y Com. vigente

III. Los principios del Derecho en tensión

Los principios generales del Derecho que subyacen detrás de la indexación y/o actualización y/o aplicación de intereses de los créditos laborales relacionados con la LRT son los siguientes:

-La actualización de los créditos laborales, previsto en el art. 276 LCT 20.744, (esta norma no está derogada pero quedó en desuso luego de las leyes de emergencia económica, 23.928 y 25.561).

-La obsolescencia de la LRT, 24.557.

-La iretroactividad de la LRT 27.348, (art. 20).

-La inconstitucionalidad de las normas (art 12 ley 24.557 y/o 20 ley 27.348).

-El régimen de prelación jurídica (art. 963 Cód. Civ. y Com.).

-La intervención oficiosa jurisdiccional ante afectaciones del orden público (art. 960 Cód. Civ. y Com.).

-El orden público (art. 12 Cód. Civ. y Com.).

-El abuso de derecho (art. 10 Cód. Civ. y Com.).

-El anatocismo (art. 770 CC).

-La cuantificación de las deudas de valor (art. 772).

-El enriquecimiento sin causa (art. 1794 Cód. Civ. y Com.).

-El llamado diálogo de fuentes como criterio hermenéutico.

IV. Las leyes implicadas

IV.1. Presentación

El punto XII del antecedente tiene mucha importancia para este ensayo, porque el conflicto involucra muchas leyes dictadas en contextos sociales muy diversos. Esa pluralidad normativa nos obliga a realizar un esfuerzo interpretativo o, para utilizar una terminología más novedosa, nos conduce a un diálogo de fuentes para lograr interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico (3).

Veamos un ejemplo de esta promiscuidad normas que concurren en forma directa o indirecta para decir algo respecto de las actualizaciones de los créditos laborales.

El art. 276 LCT, que permite la actualización de los créditos, convive con la ley 25.561 que expresamente prohíbe esas actualizaciones, indexaciones y repotenciones de deudas dinerarias. No obstante, el art. 7° de la ley 25.561 convive con la reciente incorporación al Cód. Civil y Com., de la figura del anatocismo (art. 770) que repotencia las deudas de dinero en forma contraria a la establecida en la ley 25.561. Y otro tanto cabe decir del art. 772 Cód. Civ. y Com., que establece que las deudas de valor en las que se pondera el valor real que seguramente será distinto al valor nominal previsto en leyes que prohíben las actualizaciones de las deudas dinerarias. Se trata de leyes especiales que siguen vigentes y que conviven en pie de igualdad dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Nos parece oportuno cerrar este capítulo introductorio con un interrogante que nos puede ayudar a un mejor desarrollo de los problemas que se irán planteando: ¿si una ley fue dejada de lado por la aparición de otra que responde a una necesidad social coyuntural, pasada esa circunstancia particular y provisoria, la norma en desuso recupera su vigencia plena?

IV.2. Las normas en danza

Ahora vamos pasar revista por algunas de las leyes implicadas. Note el lector que hemos puesto al lado de la ley la fecha de su entrada en vigencia para que se tenga en cuenta el escenario social correspondiente a cada una de las normas examinadas.

IV.2.a. Ley 24.557, Riesgo del Trabajo (LRT), septiembre de 1995

El art. 12 de esta ley establece una fórmula de cálculo del IBM que no prevé ninguna forma de actualización o indexación (4). Recordemos que esta ley fue dada en una época de nulo impacto inflacionario en el país. La norma tampoco prohíbe las actualizaciones porque en esa época regía la ley de emergencia económica que impedía cualquier clase de indexación, actualización o repotenciación de deudas dinerarias (ley 23.928/ 25.561).

IV.2.b. Ley 25.561, Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, enero de 2002

El art. 7º de esta norma expresamente prohíbe todo tipo de actualización y/o indexación y/o repotenciación de deudas (5). El deudor de una suma de dinero se desobliga entregando la cantidad nominalmente expresada de su deuda. Esta norma es una de las claves del dilema porque el texto legal hace que la fórmula para establecer el IBM (Ingreso Base Mensual) no pueda ser actualizada. Las aseguradoras de riesgo de trabajo (ART) abogan por la vigencia plena de esta ley que, ciertamente, no está derogada. Es preciso tener en cuenta que la ley 25.561 fue dada en un contexto de alta inflación y escasas reservas de divisas en el banco Central. Sin embargo, y pese a las restricciones impuestas por esta norma, no puede soslayarse que el actual art. 770 Cód. Civ. y Com. (6) permite el anatocismo que si bien es una forma de interés, es también un sistema extraordinario que, en última instancia, configura una repotenciación de las deudas que, en principio, estaba vedada por la ley 25.561. Asimismo, el art. 772 Cód.

Civ. y Com. (7), permite que las deudas de valor expresen, más allá de fórmulas nominales, el valor real de la moneda, habilita fórmulas de actualización que parecían vedadas por la ley 25.561 (8). En síntesis: la regla de no actualización prevista en la ley 25.561 no es absoluta y reconoce excepciones legales.

IV.2.c. Ley 27.348, Ley Complementaria sobre Riesgos del Trabajo, febrero de 2017

El art. 11 de esta ley modifica el art. 12 de la ley 24.557 (9). La norma prevé criterios de actualización acordes con el período inflacionario y de depreciación monetaria acontecidos en los últimos años. Asimismo, prevé la aplicación de anatocismo en los términos del art. 770 Cód. Civ. y Com. El art. 20 de esa norma expresamente establece que su aplicación no tiene efecto retroactivo y que resulta aplicable a contingencias ocurridas a partir de su entrada en vigencia (10). Es decir: las contingencias laborales ocurridas con anterioridad a febrero de 2017 no pueden ser bendecidas con la actualización prevista en el art. 11 de esta ley. Esta norma, como ya fue dicho, es otra excepción a las leyes 23.928 y 25.561 (emergencia económica).

IV.2.d. Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo

El art. 276 de la Ley de Contrato de Trabajo, que es la norma rectora en el derecho laboral, expresamente prevé la actualización, sin excepciones, de todos los créditos laborales. Ese criterio de actualización, fue ordenado por la ley 23.616, del 1988 (11). Recordemos que durante esa época el país transitaba otra época de alto impacto inflacionario. Esta norma no está derogada. Alguna doctrina habla de derogación tácita (12).

IV.3. Sumario del capítulo, Leyes implicadas

1) De este concierto normativo surge que los créditos relacionados con accidentes laborales, ocurridos antes de la ley 27.348,

deben seguir las pautas establecidas en las leyes 24.557 y 23.928 / 25.561 (emergencia económica).

Según la fecha en que haya ocurrido el accidente o la enfermedad profesional, el obrero tendrá derecho a percibir su indemnización con actualizaciones e intereses y capitalización de esos mismos intereses (art. 770 Cód. Civ. y Com.) o no podrá acceder a ninguno de esos rubros con grave deterioro de su patrimonio por la diferencia entre uno y otro cálculo es sumamente desfavorable para el trabajador.

2) Las distintas normas presentadas sumariamente fueron creadas bajo diferentes contextos sociales. En los casos de estabilidad económica, parece razonable que el legislador quiere acotar los cálculos indexatorios que, indefectiblemente, tiene efectos inflacionarios. Sin embargo, en épocas de depreciación monetaria atar los créditos laborales a su valor nominal representa una grave afectación patrimonial para el sector de los trabajadores.

V. Los fallos de Corte Suprema de Justicia de la Nación

V.1. Presentación

Toca ahora examinar superficialmente, la intervención de la Corte Suprema a lo largo de todo este proceso que involucra a tantas leyes que, dicho sea de paso, están todas vigentes.

V.2. El caso "Belatti" (13) y el caso "Massolo" (14)

En estos dos asuntos, la Corte se pronuncia sin vacilaciones: las cuestiones relativas a la actualización monetaria son materias políticas insusceptibles de ser revisadas judicialmente. Según este criterio, tan añejo como sostenido por nuestra CS, las políticas económicas deben ser fijadas por el Poder Ejecutivo e instrumentadas por leyes dictadas por Poder Legislativa. Dicho en otras palabras: el

poder judicial no puede revisarlas sin invadir las facultades de los otros poderes de la República.

En "Belatti" (2011) la CSJ repite los argumentos que había dado en el caso "Massolo". Las ideas centrales están expresadas en los considerandos 11, 12 y 13.

"Considerando 11) Que determinada la aplicación al caso de la prohibición de indexar que invalidaría la cláusula en la que se funda el reclamo, corresponde a esta Corte Suprema efectuar el control de razonabilidad del citado art. 4° de la ley 25.561, cuya inconstitucionalidad planteó la actora y ha sido declarada en ambas instancias ordinarias, cuestión que conduce necesariamente a efectuar idéntico examen respecto de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928, modificados por aquella norma sólo en lo que hace al término australes que fue reemplazado por el de pesos.

Considerando 12) Que dicho examen debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros).

Considerando 13) Que la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa mantenimiento de la prohibición de toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial (conf. Fallos: 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 327:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109, entre muchos otros), y la Corte Suprema ha sostenido que los arts. 7° y 10 de la ley 23.928 constituyen una decisión clara y terminante del Congreso Nacional de ejercer las funciones que le encomienda el art.

67, inc. 10 (hoy art. 75, inc. 11), de la CN de Hacer sellar la moneda, fijar su valor y el de las extranjeras... (conf. causa "YPF" en Fallos: 315:158, criterio reiterado en causas 315:992 y 1209; 319:3241 y 328:2567)".

En resumen: según esta doctrina de la Corte Suprema, la materia referida a la actualización monetaria es una cuestión netamente política y, por tanto, escapa al examen constitucional. Por lo tanto, no corresponde declarar la inconstitucionalidad de leyes cuyo objeto sea igual o similar al de las leyes 23.928 y 25.561.

V.3. El caso "Espósito" (15)

En este fallo reciente, la CSJ expresamente determina que los criterios de actualización de la ley 27.773 sobre accidentes del trabajo, no pueden aplicarse a casos ocurridos con anterioridad al dictado de esa ley (2012).

"Considerando 8) En síntesis, la ley 26. 773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTÉ de los importes a los que aludían los arts. 1º, 3º y 4º del decreto 1694/09 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicarían a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación.

Considerando 9) Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a qua, mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad".

En sumario: la doctrina judicial del caso "Espósito" sostiene que la actualización de los créditos emergentes de la LRT, no puede

aplicarse en forma retroactiva. Es decir: las contingencias anteriores a esta ley serán regidas por la ley 24.557.

V.4. Caso "Marando" (16)

Con fecha 12 de septiembre de 2017, la Corte Suprema se volvió a expedir en igual sentido que lo había hecho en Espósito. En verdad, el fallo recurrido dice en sus considerandos que acata el fallo Espósito pero luego declara resarcimientos que pasan por alto la doctrina Espósito de irretroactividad.

Considerando 4) Que, en efecto, como se desprende de lo reseñado en el considerando 1º de este fallo, al comenzar su argumentación, la cámara señaló que, aunque no suscribía lo resuelto por esta Corte en la ya referida causa Espósito, acataría las pautas allí establecidas con el fin de evitar un dispendio necesario jurisdiccional y de tiempo. Sin embargo, por considerar exigua la indemnización calculada con arreglo a dichas directivas, mediante la sola invocación de principios genéricos vinculados con la equidad de la reparación y aludiendo a algunas circunstancias particulares del trabajador fallecido, fijó los resarcimientos con total prescindencia de la ley —sobre cuya constitucionalidad no se pronunció específicamente— y en franca contradicción con la premisa postulada inicialmente (17).

La Corte dice que no se puede pretender que se acata el fallo "Espósito", que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes sobre actualización de créditos laborales, y luego decretar esos resarcimientos que exceden la regla fijada en Espósito. En suma, si se aplica Espósito no se pueden ordenar actualizaciones retroactivas.

En nuestra provincia se está dando esa misma situación. Algunos casos se resuelven con sentencias que dicen que acatan la doctrina del fallo Espósito pero, no obstante, aplican el criterio de actualización de la ley 27.348 omitiendo que su aplicación retroactiva está prohibida por el fallo "Espósito" y por el art. 20 de la citada ley (18). Este criterio, según nuestra opinión, es incongruente.

V.5. Caso "Aquino" (19)

Una parte de la doctrina intenta saltar las vallas legales, y los reiterados fallos, que previenen sobre la aplicación retroactiva de la ley valiéndose de lo resuelto por la CSJ en el Caso Aquino, en donde la Corte estableció un criterio sumamente favorable a los trabajadores.

"Considerando 9) Que, en suma, lo expresado en los dos considerandos anteriores determina que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una justa indemnización. Y las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y no pueden implicar el empobrecimiento de la víctima...

Considerando 14) (...) Finalmente, se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio

contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: alterum non laedere, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales".

En sumario: La doctrina de la Corte Suprema en el caso "Aquino" sostiene que la regla alterum non laedere rige plenamente para el derecho laboral.

VI. La compatibilidad. La formulación de un nuevo dilema

En lo personal, tengo opinión favorable al criterio que la CSJ utilizó al resolver el caso Aquino. Empero, también coincido que no se puede, utilizando un argumento ingenioso, aplicar retroactivamente una ley que expresamente prohíbe su aplicación retroactiva. Ello sin contar que el art. 7° Cód. Civ. y Com. también postula, como principio general, la irretroactividad de la ley.

En resumen: o se aplica Espósito o se aplica retroactivamente la ley 27.348, pero no se pueden hacer las dos cosas simultáneamente sin caer en incongruencia y en el dictado de sentencias cuyo vicio de arbitrariedad será sancionado por la Corte, como lo hizo recientemente en la causa "Marando" (más adelante volveremos sobre este fallo del mes de septiembre de 2017). En esas condiciones, lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con adecuación a las circunstancias comprobadas de la causa por lo que debe ser descalificado sobre la base de la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias (20).

Esto nos lleva a formular un nuevo dilema: ¿es compatible actualizar las deudas emergentes de las contingencias laborales sin declarar la inconstitucionalidad de ninguna norma? Este, a mi entender, es el punto de quiebre del asunto que estamos analizando. Buscar fórmulas que permitan actualizar los créditos sin decretar la

inconstitucionalidad de ninguna norma sino utilizando, entre todas las vigentes, la más equitativa para resolver el caso concreto. O sea: aplicar el tan mentado diálogo de fuentes para resolver colisiones normativas.

El acto jurisdiccional consistente en la declaración de inconstitucional es extraordinario y no debe naturalizarse o buscarse como primera alternativa cuando una norma no encaja en la solución que queremos aplicar. En definitiva, pensamos que esa es la solución que propone el art. 1° del Cód. Civ. y Com. (21).

La Comisión Redactora del anteproyecto al comentar esta norma nos da una directiva que parece hecha para el caso que estamos analizando: "De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna. (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros)" (22).

VII. El diálogo de fuentes como criterio hermenéutico

El diálogo de fuentes quizás sea la novedad doctrinaria más destacada que trajo el Cód. Civ. y Com. Es una forma interpretativa

en la que prevalece la dialéctica; se permite e incluso se estimula que convivan en el mismo ordenamiento normativo textos legales que en algunos casos son antagónicos. Esta novedosa lógica normativa permite que, frente al caso concreto, se busque una u otra solución legislativa. De esta forma los operadores jurídicos en general, y los magistrados en particular pueden buscar, dentro de todo el ordenamiento normativo, la norma jurídica más idónea para resolver con Equidad los casos concretos.

Para Aída Kemelmajer, cuya participación en la redacción del Cód. Civ. y Com. fue preponderante, el diálogo de fuentes como pauta interpretativa tiene ventajas superadoras con respecto a los sistemas de interpretación tradicionales: Cualquiera sea la opción (superar, incluir, total o parcialmente) se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior o posterior. O sea, la interpretación se hace dialógicamente. Ciertamente, el diálogo no siempre es fácil, porque exista un verdadero desbordamiento de fuentes que hace necesaria una nueva tipología y clasificación, sobre todo por la entrada en el Cód. Civ. de materias tales como la bioética, y el ambiente, ramas en sí mismas interdisciplinarias. Por eso el Código proporciona pautas para una prioridad entre esas fuentes, tal como surge de los arts. 150 (leyes aplicables a las personas jurídicas privadas), 963 (prelación normativa en materia contractual) y 1709 (prelación normativa en el ámbito de la responsabilidad civil) (23).

Lo que Kemelmajer propone es que debe realizarse una interpretación integral de todo el sistema normativo y elegir la norma, no por su especialidad o temporalidad, sino por ser la que mejor se adapte a la regla de Equidad.

VIII. La prelación normativa en el actual sistema legal. El predominio de la norma indisponible. El principio pro homine

El Cód. Civ. y Com. organiza el sistema de prelación normativa poniendo en un pie de igualdad a las normas especiales y las generales. La línea divisoria para determinar qué texto legal prevalece no está dada por el carácter especial de la ley sino por la categoría que la norma tiene. Veamos. Si ella es indisponible, por más que esté dentro de una ley general, prevalece sobre la que sin serlo está inserta en una ley especial.

Los jueces deben advertir, lo antes posible, que el Código unificado responde nuevas tendencias doctrinarias que, a su vez, están subordinadas a las nuevas necesidades sociales. Por más que estiremos hasta el infinito la discusión del art. 7º, más temprano que tarde tendremos que empezar a aplicar plenamente el nuevo Código.

El Cód. Civ. y Com. está repleto de normas que postulan una mayor presencia oficial en el ámbito de las relaciones contractuales individuales. Para gusto o disgusto de unos y otros, es bastante claro que el nuevo ordenamiento jurídico marca un fuerte retroceso del principio de la autonomía de la voluntad individual y un claro avance del sistema más tutelar con mayor presencia del Estado, a través de las leyes y de los jueces a través de las sentencias (24).

El actual criterio de prelación normativa está relacionado con el orden público, y con la indisponibilidad de los derechos. Dicho en otras palabras: la Equidad subordina a todas las normas y a todos los principios. El magistrado, haciendo un esfuerzo interpretativo superior al que venía haciendo en los días de la codificación velezana, deberá buscar en todo el sistema la norma vigente más próxima a la solución equitativa para el caso. Ese criterio, pensamos, es receptado por el art. 963 Cód. Civ. y Com. La norma que debe buscar el Juez no es ni más nueva ni más vieja, ni más especial ni más general; es la más justa (25). En este nuevo contexto la tarea hermenéutica es tan vital

para el sistema como compleja a la hora de ponerla práctica. Como bien reflexiona Fernando Ubiría: "En los fundamentos se aclara que en la tarea interpretativa se debe recurrir a todo el sistema de fuentes a la utilización no sólo de reglas sino también de principios y valores. La complejidad es sin dudas mayúscula, y además pone de manifiesto el rol preponderante que es llamado a cumplir el Poder Judicial, pues se destaca la labor del juez, y la influencia de los precedentes, extremo que revela cierto acercamiento con el sistema anglosajón del common law" (26).

Y hablando de reglas y principios, si hay uno que destaca es aquél que conocemos como principio pro homine, y que determina que toda la labor hermenéutica se debe dirigir hacia la aplicación de la regla jurídica que más favorezca a la persona, al ser humano; al sustantivo Derecho Humano. En ese orden de ideas Lidia Garrido reflexiona que "El reconocer a este principio como parte de los derechos humanos nos lleva necesariamente a recordar que éstos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres. En el derecho mexicano, Ferrer McGregor sostiene que la «interpretación conforme» como criterio hermenéutico, es aplicable a todas las normas de derechos humanos, que ordenan la armonización entre la Constitución nacional y los tratados internacionales integrando el principio por persona en tal procedimiento..." (27). Es por eso motivo que resulta fácil concluir que ninguna sentencia será justa si en ella prevalece la regla jurídica sobre el principio pro homine. Se refiere Pinto al mismo principio como criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (28).

El hombre de derecho que la sociedad del Siglo 21 necesita debe ser un verdadero estudioso de los principios del Derecho, o estará condenado al anacronismo y, lo que es peor, estará forzando el retraso de una sociedad que a gritos pide vanguardia y modernidad.

IX. El diálogo de fuentes en el Derecho Laboral

Como vimos antes, el diálogo de fuentes permite solucionar casos concretos siguiendo la regla de Equidad.

Como el lector ya podrá advertir, la posible solución que proponemos consiste en realizar un diálogo de fuentes, examinando los principios generales del derecho y los textos legales que concurren en el caso de los accidentes o enfermedades profesionales. Es decir, el magistrado de interpretar qué principios, que leyes y qué criterios prevalecen entre los muchos que están dispersos (Por ejemplo, en el caso que nos ocupa concurren las leyes 20.744; 23.928; 25.561; 24.557; 27.348 y por lo menos una docena de normas jurídicas del nuevo y del viejo Cód. Civ.).

Veamos qué leyes y que normas van a participar de este diálogo:

a) La ley 20.744: el art. 276, que está vigente, expresamente establece que los créditos provenientes de las relaciones laborales, serán actualizados cuando sean afectados por la depreciación monetaria.

b) La ley 25.561: el art. 7° prohíbe toda clase de actualización o indexación y/o repotenciación de las deudas.

c) La ley 24.557: el art. 12 ofrece una fórmula de cálculo del Ingreso Base Mensual que no prevé ninguna forma de actualización. Empero, dicha norma no dice absolutamente nada con relación a las actualizaciones por depreciación monetaria.

d) La ley 27.348: el art. 11, modifica el 12 de la ley 24.557 y prevé una fórmula de cálculo que contempla actualizaciones. Por su parte, el art. 20 de esta ley prohíbe la aplicación retroactiva.

e) Ley 26.994: el art. 7° del Cód. Civ. y Com. establece que las leyes no son retroactivas, y que rigen para el futuro, excepto disposición en contrario.

f) El art. 770 Cód. Civ. y Com., que permite el anatocismo, marcando una excepción al régimen de emergencia económica de las leyes 23.928/25.561.

g) El art. 960 Cód. Civ. y Com., que permite la intervención judicial oficiosa cuando haya afectación del orden público. La norma no habla de retroactividad sino de orden público, lo cual permitiría una intervención de oficio y con criterios de Equidad.

h) El art. 1794 Cód. Civ. y Com., que establece en forma positiva la doctrina del enriquecimiento sin causa. El pago del valor nominal de una moneda depreciada puede ser ocasión de un enriquecimiento incausado para el deudor que se desobliga pagando un valor devaluado.

X. La jurisprudencia de la provincia del Chubut

X.1. Presentación

Más allá del interés académico que la discusión propone y que el disenso enriquece, no debemos olvidar que en la provincia de Chubut la cuestión de la retroactividad de la ley, con especial interés en los casos referidos a créditos laborales emergentes de las leyes 24.557, 26.773 y ahora la ley 27.348, tiene una doctrina judicial que presenta algunas oscilaciones.

Conviene hacer un breve repaso de lo dicho por los tribunales provinciales sobre esta materia.

X.2. Caso "Huilcan, Marcelina c. art. interacción" (29)

X.2.a. La retroactividad en el centro del debate

En ese expediente, resuelto en el 2015, la Cámara de Apelaciones de Madryn se expidió sobre todas las cuestiones tratadas en este breve ensayo. Así, en primer lugar se ordena el contenido del debate, en forma que a mi juicio es la correcta: se discute la posible aplicación retroactiva de una ley. Atento los términos de la queja, la cuestión a dirimir en autos consiste en determinar si corresponde o no la aplicación del RIPTE a aquellas prestaciones dinerarias que no hubieran sido satisfechas al momento de entrar en vigencia el régimen de la nueva ley. Se trata de un caso típico de efectos de la ley con relación al tiempo, regido en el art. 3º del Cód. Civ. Dicha norma señala que... (30).

Este primer punto es muy importante porque limita el alcance del debate. Para esta doctrina judicial, hablar sobre actualizaciones de contingencias laborales relacionadas con accidentes o enfermedades profesionales equivale a debatir sobre los efectos temporales de las leyes. Así, se ha dicho que: El principio de irretroactividad significa que las leyes rigen para el futuro. La irretroactividad implica que la nueva ley no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes (cfr. Alonso, Juan Ignacio — Rizicman, Leandro, "Código Civil Comentado. Títulos preliminares. Persona", Rivera, Julio C. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 30, citando a Fernández, Rubio) (31).

X.2.b. Los aspectos constitucionales de la irretroactividad

El fallo que examinamos tiene un interés adicional porque vincula la retroactividad de la ley con el derecho de igualdad amparado en el art. 16 de la CN. El fallo se hace cargo de los aspectos constitucionales que también entran en juego cuando se modifican los

criterios de irretroactividad de las leyes nuevas: Desde otro ángulo, decidir lo contrario, significaría incurrir en una violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN) desde que se estaría concediendo al reclamante más de lo que se le dio a otros sujetos en las mismas condiciones (esto es, acreedores de prestaciones dinerarias sistémicas cuya causa tuviera origen antes del nuevo régimen legal) por el solo hecho de haber llegado en condiciones de ejecutar su sentencia después que aquéllos. Así, sólo el azar, la buena fortuna o la morosidad del Juzgado actuante sería el parámetro para otorgar a algunos sí y a otros no el plus pretendido, y ello es inconcebible en el derecho (cfr. esta Cámara, "Castells", SDL 26/15 y "Mercado Fuentes", SDL 32/15).

X.3. Caso "Mercado Fuentes, Eduardo c. Prevención ART" (32)

X.3.a. Se consolida la regla de la irretroactividad legal

En este asunto la Cámara sigue el mismo criterio sostenido en Huilcan: la irretroactividad de las leyes nuevas: "En oportunidad de expedirme sobre esta cuestión en los casos anteriormente enumerados, expresé que el principio de irretroactividad de la ley impone la intangibilidad de las situaciones jurídicas individuales desarrolladas bajo la vigencia de una ley. Significa que las leyes solamente rigen para el futuro, y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas producidas válidamente conforme a la legislación sustituida" (33).

X.3.b. La irretroactividad en el derecho laboral

En este fallo, el voto del Camarista Fiordelisi sigue con firmeza la dirección trazada por el criterio irretroactivo de la ley, expandiendo sus efectos al derecho laboral: "El principio que estoy analizando tiene plena aplicación en materia laboral respecto de relaciones laborales concluidas, aunque dichas leyes establezcan nuevos beneficios para el trabajador. Siguiendo a Badeni, el mismo

entiende que las leyes laborales no son necesariamente de orden público y, aunque lo fueran, no pueden aplicarse retroactivamente respecto de relaciones contractuales debidamente concluidas porque, al margen de lesionar el derecho de propiedad, proyectan un cono de inseguridad jurídica sobre las relaciones sociales" (conf. ob. cit., t. II, p. 774) (34).

X.3.c. Irretroactividad y derechos adquiridos

En resumidas cuentas, para la Cámara de Apelaciones de Madryn, el caso no tiene más vueltas: se trata de proteger derechos adquiridos que pueden ser afectados por leyes posteriores, ni aun cuando esas leyes sean más favorables para los trabajadores. La doctrina de los derechos adquiridos, fue la posición mantenida por el ministro Petracchi en la causa "Agnese", donde afirmó que cualquiera sea el criterio de conveniencia o eficacia económica o social que el legislador arbitre, en el dictado de una ley, aquél encuentra como valla infranqueable las prescripciones de la Constitución Nacional. Allí dijo: Si al momento de extinguirse la relación laboral sin indemnización — en el caso, por participación de los dependientes en huelgas—, tal modo de extinción del contrato de trabajo estaba legalmente previsto, y una ley posterior prevé el derecho de preferencia de los empleados despedidos por aquella causal de ingresar a tales puestos o de lo contrario ser indemnizados, se alteran los efectos de actos jurídicos concluidos con arreglo a una determinada legislación, desconociendo la garantía constitucional de la propiedad (CS, 24/11/1998, Fallos 321:3081).

En algún sentido, la doctrina judicial de Puerto Madryn fue pionera en la provincia y marcó el ritmo de la cuestión; como veremos en el acápite que sigue el Superior Tribunal de la Provincia consolida los mismo criterios en los fallo Egue y Tello que tuvieron lugar durante 2016 y 2017.

XI. La doctrina judicial del Superior Tribunal de la provincia del Chubut

XI.1. Presentación

El tratamiento diverso de las distintas Cámaras de apelaciones de la provincia, con relación a este tema, dio lugar a sentencias contradictorias que encendieron la necesidad de una Casación que unificara los criterios. Ello ocurre, finalmente, en el marco del caso "Egue", del 2016: Esta situación no puede sostenerse. Se habilita, de esta manera, el mecanismo de unificación interpretativa que es propio de la casación, pues no debe aceptarse que en un mismo ámbito jurisdiccional, la provincia del Chubut, aquellos que dirimen sus conflictos ante los Tribunales encuentren soluciones distintas, según sea el organismo que se expida (35).

Se abre así el camino de la unificación de criterios para la provincia. Como veremos ese camino no está aún concluido y recientemente se abrieron nuevos atajos que vuelven a poner la cuestión de la retroactividad legal en el tapete.

XI.2. Caso Egue

XI.2.a. Presentación

En este asunto, el Tribunal Superior marca los criterios de unificación que deben regir las cuestiones referidas a las actualizaciones de los créditos laborales referidos a accidentes y enfermedades profesionales en el ámbito de la provincia del Chubut. El caso "Egue" data del 2016 y en él se debatió la aplicación temporal de la ley 26.773.

XI.2.b. Las doctrina judiciales en tensión: irretroactividad c. aplicación inmediata

El fallo, al examinar los requisitos de admisibilidad de la Casación, puntualiza la divergencia de criterios existente entre la Cámara de Apelaciones de Madryn y la que tiene jurisdicción en Comodoro Rivadavia. El primero de los organismos postulaba la irretroactividad de la ley 26.773 Sobre esta cuestión, la cámara de Apelaciones de Puerto Madryn se atuvo a su precedente... y, por consecuencia, mantuvo que la ley 26.773 no tiene operatividad propia y directa en las contingencias anteriores a su entrada en vigencia... (36). Dicho en otras palabras: para el tribunal de alzada de Puerto Madryn, la ley 26.773 no puede aplicarse en forma retroactiva.

Por su parte, la sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, sin referirse a una aplicación retroactiva, interpreta que la aplicación inmediata de la ley permite abarcar relaciones jurídicas iniciadas antes de la nueva pero no concluidas cuando comienza su vigencia: (...) la sala A de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia sostiene: "(...) resultan de aplicación las mejoras a las prestaciones dinerarias dispuestas, primero por el decreto 1694/2009 y luego por la ley 26.773 a un evento dañoso ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas, pero no cancelado con antelación a esas fechas (...)" (voto del Dr. Alexandre). Y en igual línea: "...el recurrente invoca el instituto de la irretroactividad de la ley cuando no estamos en ese campo, sino en el de aplicación inmediata de la ley... no estamos aplicando una ley nueva a una situación jurídica..." (37).

XI.2.c. El sofisma

Esta interpretación, en los hechos y según nuestro parecer, actúa como un sofisma ingenioso que sirve para aplicar retroactivamente una ley que es declarada legalmente irretroactiva. Por más vuelta que le demos al asunto, la aplicación inmediata de la ley

nueva tiene por causa o por efecto la aplicación retroactiva de una ley dispuesta para regir hacia el futuro y no hacia el pasado.

Esta estrategia jurídica, sin embargo, no pasó inadvertida por el ST que, completamente alineado con la doctrina de la CS (caso "Espósito") señala: Así en la segunda parte del consid. 8° sostuvo: "(...) La simple lectura de los textos normativos reseñados en el consid. 5° de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: 1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTÉ entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara 'actualizados' a esta última fecha; y 2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes 'actualizados' solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del capítulo de la ley referente a las prestaciones dinerarias del régimen de reparación" (38).

XI.2.d. Doctrina del Superior Tribunal de Chubut

Para el Superior Tribunal de la Provincia, la cuestión es clara y no admite fisuras: cualquier forma de actualización que utilice los criterios propuestos, primero por la ley 26.773 y luego por la ley 27.348: La claridad del considerando transcrito despeja toda duda a la posición que se sigue, esto es: la inaplicabilidad de la ley bajo picota para los accidentes de trabajo que ocurrieron y las enfermedades profesionales que se manifestaron en tiempo anterior a su entrada en vigencia.

XI.3. Caso "Tello" (39)

XI.3.a. Presentación

A poco tiempo del dictado de Egue, en el mes de febrero del 2017, el Superior ratifica el criterio en el caso "Tello, Ana M. c. Mapfre Argentina ART SA". En este caso, la puja de sentencias contradictorias que dieron causa a la casación, se dio entre la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn, y la sala A de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew. Sobre esa cuestión, la Capel. Puerto Madryn se atiene a su precedente (SDL N° 94/13) y, por consecuencia, mantuvo que la ley 26.773 no tiene operatividad propia y directa en las contingencias anteriores a su entrada en vigencia (BO 26/10/2012). Es decir que resulta inaplicable al caso de autos en tanto el fallecimiento del Señor Rodríguez y las prestaciones que del mismo derivaron son anteriores a la entrada en vigencia de la misma (40). Por su parte el veredicto de la Sala A de la Capel. Trelew insiste con el argumento de la aplicación inmediata de la ley: "Tocante a que la ley 26.773 no puede ser de aplicación retroactiva por no disponerlo ella expresamente, señalaré que en la especie no se trata de retroactividad de la norma, sino de aplicación inmediata, aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, cual prevé el art. 3° Cód. Civ. Aquí aparece la noción del consumo jurídico: los hechos pasados que han agotado la virtualidad que le es propia no pueden ser alcanzados por la nueva ley sin incurrir en retroactividad de ella, pero los hechos en curso de desarrollo sí pueden ser abarcados por el nuevo régimen por no tratarse de sucesos cumplidos, agotados, bajo la legislación anterior, de modo que al aplicarles la ley posterior no se incurre en retroactividad..." (41).

XI.3.b. Los derechos humanos y el principio pro homine

Hay un punto que nos parece muy importante de remarcar. El fallo de la sala A de la Capel. Trelew incluye en el debate no solamente la cuestión de inmediatez legal sino la cuestión referida a los derechos

humanos, y los tratados internacionales a partir del art. 75 inc. 22 de la CN.

Esta es, según pensamos, la dirección que de ahora en más debe seguir este debate. Veamos lo que dice la sala A de Trelew al respecto: El principio de progresividad previsto en los arts. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene en nuestro país jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN). Es precisamente este principio el que marca el camino en materia de derechos sociales y en consecuencia, no aplicar de manera inmediata la ley 26.773 resultaría violatorio del llamado bloque de constitucionalidad (42).

XI.3.c. El Superior confirma la doctrina del antecedente Egue

El argumento propuesto por el tribunal de alzada de Trelew no logró conmover la doctrina del ST de la provincia, que volvió a cerrar el asunto en forma contundente: La claridad del considerando transcrito despeja toda duda a la posición que se sigue, esto es: la inaplicabilidad de la ley bajo picota para los accidentes de trabajo que ocurrieron y las enfermedades profesionales que se manifestaron en tiempo anterior a su entrada en vigencia (43).

XII. Las nuevas oscilaciones de la jurisprudencia de la provincia

XII.1. Presentación

En el mes de febrero del 2017 entró en vigencia la ley 27.348. El art. 11 de esa ley modifica el art. 12 de la ley 24.557, permitiendo la actualización del ingreso base mensual (IBM) que será utilizado para calcular los montos indemnizatorios por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador (44).

En línea con la ley 26.773, y sobre todo con el actual contexto socioeconómico de la argentina, seriamente afectado por la reaparición del fenómeno inflacionario y la devaluación de la moneda, la ley prevé criterios de actualización de los montos indemnizatorios.

La ley 27.348 no puede aplicarse retroactivamente a contingencias laborales anteriores a su entrada en vigencia; esta limitación prohibición temporal surge del art. 20 de la ley 27.348 (45).

Como era previsible, la ley 27.348 reabrió la discusión jurisprudencial con nuevos fallos (nacionales y provinciales) que se enfrentan nuevamente en un debate inconcluso. Como ha ocurrido otras veces, unos fallos hacen votos por la aplicación inmediata de la ley nueva, incluyendo a las relaciones jurídicas que, nacidas bajo el imperio de una ley anterior, siguen con vida al momento de entrar en vigencia la nueva.

XII.2. La reedición del sofisma

En ese orden, algunos fallos de la primera instancia postulan: "Aclaro que no estoy propiciando un efecto retroactivo de la ley a las situaciones que no ampar, sino utilizando el nuevo criterio adoptado por el legislador, el mayor beneficio resultante de una legislación social más progresiva para actualizar los créditos correspondientes a situaciones preexistentes no canceladas o pendientes de reparación..." (46).

La sentencia enfáticamente declara que no aplica retroactivamente el art. 11 de la ley 27.348; sin embargo, para resolver el asunto utiliza los criterios de la nueva ley para actualizar los créditos nacidos durante la vigencia de otra ley anterior.

En mi opinión, el argumento utilizado por el magistrado tiene por causa o por efecto la aplicación retroactiva de una ley que expresamente prohíbe su aplicación hacia el pasado. Es decir, declama su apego a la ley y en simultáneo trata de saltar sus mandas. Como antes dijéramos: este argumento es un sofisma porque presenta una

idea aparente para disimular sus verdaderos efectos que, dicho sin objeciones, no son otros que decretar la retroactividad de una ley.

Tengo, sin perjuicio de lo dicho, posición favorable acerca del fallo; entiendo que el Magistrado quiso resolver el asunto aplicando los principios de Equidad que, en definitiva, es lo que piensa que hay que hacer. Sin embargo, la vía argumental utilizada está destinada a chocar con dos barreras infranqueables. En primer lugar, el fallo contradice a la Corte Suprema de la Nación que, recientemente, ha vuelto a explicar que no se puede decir que se acata Espósito y al momento de fijar las indemnizaciones utilizar pautas que toman el camino contrario al fijado en la causa Espósito (47). En segundo lugar, el fallo que examinamos choca con el criterio inmutable que hasta el momento sostiene el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut.

XII.3. La búsqueda de la Equidad

Ahora vamos a examinar una segunda variante, utilizada en algunos fallos y que pretende superar la incoherencia que supone anunciar que se acata un fallo de una instancia superior pero luego se aplica el criterio exactamente opuesto.

El argumento que ahora examinamos se mete de lleno en el plano de la Equidad y de la injusticia que representa el congelamiento de la fórmula prevista en el art. 12, ley 24.557. Así, se ha dicho: "De todo lo expuesto, se desprende que en las condiciones de aplicación actual de la ley 24.557, que quedan definidas por lo dispuesto por Tribunales que revisan las sentencias que dicto y que están dadas por lo resuelto por la Corte Federal en el fallo Espósito (el que en este caso, como ya dije he de seguir), mantener como módulo para definir la indemnización que percibirá el trabajador un salario devaluado, se encuentra en las antípodas de una indemnización justa, en los términos que surgen de la interpretación del art. 19 CN y del fallo Aquino de la CS, por lo que resolveré declarar la inconstitucionalidad del art. 12 LRT, y disponer que a los fines del cálculo de la

indemnización debida, se deberá contemplar el salario que le correspondería al actor, con más los adicionales respectivos al momento del dictado de esta sentencia" (48).

Sin considerar si el fallo acertó o no el criterio de justicia aplicado, nos parece más razonable desde el punto de vista lógico. En este caso no incurre en la contradicción de afirmar el apoyo a una doctrina judicial que luego no utiliza. Ese error formal fue superado en este fallo que ubica la cuestión en el terreno de la Equidad y no en el de la temporalidad legal. Puede ser errada la opción elegida para alcanzar ese objetivo (el salario correspondiente con más los adicionales al momento de dictarse sentencia) pero la discusión está bien planteada en ese terreno. Ahora bien, continuando con el análisis de las pautas que regirán el cálculo de la indemnización, y teniendo en cuenta lo resuelto precedentemente, habré de efectuar un nuevo análisis de la constitucionalidad del art. 12 LR... Se trata de establecer si corresponde aplicar dicha norma, cuando considera el salario promedio de los mismos durante el año anterior al accidente, lo que significaría que, siendo dicho valor la base para el cálculo de la indemnización, esta se encontraría muy alejada de montos que representen la situación vigente al momento del dictado de las sentencias, por el proceso de actualización de las remuneraciones (49).

El veredicto parece guiado por un dilema correctamente formulado ¿es justo actualizar los créditos laborales derivados de accidentes o enfermedades profesionales ocurridos antes del dictado de la ley 27.348? Ese conflicto es autónomo y no alcanza para responder a un segundo interrogante: ¿qué criterio de actualización es el más idóneo para alcanzar la noción de Equidad?

La actualización de créditos laborales, según nuestra opinión, involucra una dilema sustantivo consistente en determinar si es justa la actualización, y otro de tipo instrumental que pauta de actualización corresponde utilizar.

XII.4. La doctrina del stare decisis

Con este nombre latino se denomina la doctrina, propia del derecho sajón (Common Law), en la que el precedente judicial es una regla obligatoria; máxime cuando ella proviene de un tribunal de rango superior. En los países de tradición sajona un fallo de la Corte Suprema es una regla inviolable para los tribunales de grado inferior.

En Argentina, la regla Stare decisis no integra el orden normativo positivo, pero tampoco es una doctrina extraña o inaplicable. De hecho, la Corte Suprema de la Nación, en la causa "Cerámica San Lorenzo", se expidió afirmativamente con relación al deber moral que obliga a los jueces de grado a cumplir los fallos emitidos de tribunales superiores.

En el consid. 4 de ese recordado fallo, la Corte dijo: "(...) Aquel requisito sólo se cumple si la articulación del dictum remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse. Principio que es de rigurosa aplicación cuando, como en el caso, la afirmación que efectúa el sentenciante, contradice el fallo de esta Corte en el cual el juez de primera instancia fundara su sentencia y respecto del cual, de haber querido apartarse haciendo excepción al deber moral de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos, debió sustentar su juicio con fundamentos serios, en virtud de los cuales sostenga la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado..." (50).

Es decir, si bien no hay una obligación legal positiva de seguir los criterios de la Corte Suprema sí hay un deber funcional de los magistrados de grado menor, de no apartarse en forma intempestiva o inmotivada del criterio de la Corte. Santiago Legarre, en su buen artículo, cita Bidart Campos cuando el Maestro señalaba dice: "En nuestra particular opinión, creemos que cuando la Corte interpreta la constitución y cuando ejerce el control de constitucionalidad, los

demás tribunales federales y provinciales deben acatar las normas generales que surgen de su jurisprudencia (como derecho judicial vigente por su ejemplaridad) cuando fallan casos similares. Aplicamos así el adagio que dice: La constitución es lo que la Corte dice que es" (51).

El Superior de la Provincia, en la Causa "Egue" se refirió a esta doctrina en términos similares: no es obligatoria pero genera una cierta obligación de lealtad y acatamiento que solo puede quebrarse por motivos fundados: "Si bien en el derecho argentino, no hay ninguna norma escrita, ni de rango constitucional ni de rango legal que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para los tribunales inferiores, como sucede en los países del common law que rige el principio de stare decisis vertical, no menos veraz resulta que el Máximo Tribunal ha construido el criterio que establece... sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias..." (52).

Esa necesidad de seguir el fallo de la Corte no radica en una obligatoriedad positiva sino en razones de lógica y funcionalidad. Se debe la incongruencia de apartarse —sin motivo— de lo dicho por un tribunal superior que, en definitiva podrá revisar la decisión contraria. Como bien dice el Superior de la Provincia, no hay obligatoriedad pero si hay una razonabilidad, basada en la previsibilidad y la seguridad jurídica. "Es que como he sostenido en precedentes del Superior Tribunal de Justicia, comulgo con la idea que expone que si bien éstos no emiten fallos obligatorios para el sistema de justicia, resulta preciso atender a las razones que hacen a su observación, por ejemplo: la predictibilidad, la seguridad, la economía de esfuerzos, la paz social" (53).

XIII. Un aporte personal hacia soluciones posibles

XIII.1. Presentación

Para terminar este documento, nos complace aportar algunas soluciones posibles para superar la inequidad que supone permitir que los créditos laborales se deterioren por efecto de la inflación.

Frente a este tema se pueden tomar caminos distintos, pero es importante que cualquiera sea la vía elegida no se caiga en contradicciones y lógicas y se asuma el problema y sus consecuencias. Propiciamos pensamientos vanguardistas, pero sin falencias lógicas que colocan a la idea a mitad de camino entre lo que se dice acatar, y lo que realmente se decide. Propiciamos el uso de lenguaje claro y un pensamiento nítido y sin confusiones.

Las sentencias deben ser claras y convincentes para los justiciables. Los jueces deben decir el derecho para que las soluciones a las que arriben se entiendan claramente; no son pocas las veces que vemos fallos repletos de palabras cuya finalidad oscila entre describir la idea, disimularla o, directamente, sustituirla.

XIII.2. Respetar la doctrina judicial nacional y provincial

Una primera solución consiste en aplicar a rajatabla los criterios expuestos en el fallo Espósito de la CS, y en el art. 20 de la ley 27.348 y rechazar los pedidos de actualización retroactiva de las contingencias laborales acaecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley.

Esta solución sería enteramente compatible con la doctrina judicial sentada primero por la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, y luego consolidada por el ST en las causa "Egue y Tello". Todos esos fallos son compatibles por la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema Nacional en los casos "Espósito" y "Marando" (septiembre de 2017).

Entendemos que lo más probable es que el Superior Tribunal de la Provincia vuelva a ratificar el criterio sentado en esos precedentes.

XIII.3. Criterios innovadores

También es posible fundamentar el apartamiento a las doctrinas tradicionales y entonces sostener que la cuestión no pasa por decretar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, sino advertir que esa norma fue creada en contextos socioeconómicos que ya perdieron vigencia.

El art. 12 de la ley 24.557 no es inconstitucional sino anacrónico y el juzgador debe, si opta por esta idea, utilizar otras reglas legales que sean más justas para solucionar el caso.

En ese sentido, el art. 2º del Cód. Civ. y Com. marca una pauta interpretativa que puede ser útil para entender la idea que proponemos: "Art. 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

La frase final del texto legal es casi la conclusión de este trabajo: se debe lograr una interpretación armónica y coherente de todo el ordenamiento; y eso incluye a todas sus leyes vigentes. El esfuerzo del operador jurídico será determinar cuál de esas normas es la que mejor se aplica al caso concreto. En esa dirección parece ir la Comisión Redactora del anteproyecto cuando dice: "Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando

una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto" (54) .

XIII.4. Las actualizaciones previstas en el art. 276 LCT

En línea con las reflexiones ofrecidas en el antecedente, sostenemos que el art. 276 de la ley 20.744 no está derogado sino que dejó de ser útil frente al contexto socioeconómico en el cual nacieron las leyes 23.928 y 25.561. Estas normas son la respuesta legislativa al fenómeno de recesión y deflación posterior al período de inflación que afectó al país al finalizar la década del 80, y luego al finalizar la década siguiente.

El art. 276 LCT cayó en desuso por las mismas razones que motivaron la creación de las citadas leyes. Por tanto, no es descabellado sostener que al desaparecer las causas transitorias que dieron ocasión a las leyes de emergencia económica, el art. 276 haya recuperado la vigencia que transitoriamente había perdido.

Una regla de estabilidad de precios en épocas de estabilidad monetaria es tan razonable como irracional se torna la misma regla aplicada en períodos inflacionarios y de caída del valor real de la moneda. Sin embargo, pensamos que, la solución no es declarar la inconstitucionalidad del art. 12 porque el problema no está en la norma sino en cambio del contexto social en el que ella opera; no se puede declarar la inconstitucionalidad de un contexto social, y ese el único pecado del art. 12 de la ley 24.557.

Frente al cambio socioeconómico, lo que procede es volver a aplicar las leyes más apropiadas para dar respuesta al nuevo escenario social. La solución que proponemos es aún más razonable si se piensa que esas leyes todavía subsisten en nuestro ordenamiento normativo, como es el caso del ya citado art. 276 LCT.

XIII.5. Tener un pensamiento claro y evitar las incongruencias

Más allá de opiniones personales y convicciones más o menos íntimas, se debe mantener la coherencia en el razonamiento. No es acertado, según pensamos, decir que se sigue la doctrina judicial sentada por la CS en el caso "Espósito" y, en simultáneo, utilizar para relaciones anteriores el criterio de actualización previsto en la ley 27.348. Ello así porque esta ley rige para lo futuro y sus pautas se proyectan hacia el futuro. Si esas pautas se aplican para relaciones anteriores, se diga lo que se diga, se está haciendo un uso retroactivo de la ley.

Son esas las incongruencias que marcó la CS en el Caso "Marando" (sept. 2017) y que nos permiten pronosticar que los fallos que caen en semejante contradicción no podrán superar la valla establecida por el Tribunal Superior de la Provincia y por la propia Corte Nacional, con relación a la temporalidad de las leyes.

XIV. Hacia un modelo de interpretación integral

XIV.1. Presentación

Por último, a tono con el art. 2º del Cód. Civ. y Com., y con el mentado diálogo de fuentes vamos a examinar algunas normas que pueden ser útiles para sostener la regla más equitativa de la actualización de los créditos laborales emergentes de la ley 25.557.

Se trata de normas contenidas en el Cód. Civ. y Com., pues pensamos que a partir de su entrada en vigencia, es la ley más importante del derecho privado y que su centralidad se proyecta hacia todas las demás leyes que conviven en el ordenamiento normativo nacional. Como bien lo señala la Comisión Redactora del Anteproyecto: "En el campo de la interpretación, se establece un diálogo de fuentes de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial

recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor" (55).

XIV.2. El abuso de derecho

El art. 10 del Cód. Civ. y Com. Esta norma dispone:

"Art. 10- Abuso del derecho. 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. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

Pensamos que permitir que una aseguradora de riesgos del trabajo se desobligue de una obligación que nació, por ejemplo, hace tres años pagando valores no actualizados significa una pérdida muy grande para el patrimonio del acreedor de esa obligación. Esa merma del patrimonio del acreedor constituye, a nuestro modo de ver, un ejercicio irregular de los derechos regulados en la ley 24.557. El abuso de derecho, en este caso, se patentiza porque el acreedor víctima del ejercicio abusivo es un trabajador que, precisamente, debe recibir la tutela efectiva del sistema jurídico.

XIV.3. El enriquecimiento sin causa: el art. 1794 Cód. Civ. y Com.

Esta teoría que empezó siendo una construcción pretoriana, es hoy ley positiva vigente, y como tal participa de este diálogo de fuentes. Veamos.

"Art. 1794 - Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda".

Nos parece evidente que si el deudor se libera de su obligación dando en pago una moneda devaluada es obvio que se ha enriquecido (exactamente por el monto de la devaluación monetaria) a expensas del acreedor que ha recibido menos de lo que le correspondía. La extensión de la pérdida del trabajador es simétrica con el enriquecimiento de la aseguradora. Dicho en otras palabras: el obrero pierde, sin causa, todo lo que gana de más la compañía de seguros.

XIV.4. El orden público c. la retroactividad legal: el art. 960 Cód. Civ. y Com.

Esta norma, sobre la que ya nos hemos ocupado en otro trabajo (56) es fundamental para entender la solución que proponemos para aliviar las cuestiones que estuvimos analizando en este ensayo. Veamos el texto:

"Art. 960. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público".

Como puede advertirse, el texto legal le permite que los jueces intervengan en las relaciones contractuales individuales cuando en ellas se vea afectado el orden público. El dilema debemos resolver es determinar si el congelamiento de los créditos laborales, en un contexto inflacionario severo, afecta el orden público.

En nuestra opinión, el congelamiento de los valores del Ingreso Base Mensual (IBM) que surge de la aplicación rasa del art. 12 de la vieja ley 24.557 viola el orden público laboral y determina una iniquidad manifiesta para los trabajadores que sufrieron contingencias laborales por accidentes o enfermedades laborales con anterioridad a febrero de 2017, fecha en que entra en vigencia la ley 27.348.

No se trata de discutir los efectos temporales de las leyes sino de la afectación del orden público por aplicación de leyes anacrónicas. El art. 960 Cód. Civ. y Com. pone de relieve una de las características centrales del Código unificado vigente: la mayor intervención de los jueces en las relaciones contractuales para controlar el funcionamiento del orden público contractual. En ese orden de ideas, nos parece importante destacar que la tensión normativa no se da entre leyes que fueron creadas en escenarios sociales diversos sino entre normas de un mismo estatuto legal. La tensión se da entre el art. 7º y el 960 Cód. Civ. y Com.

Como dijimos más arriba, no es cuestión de declarar la inconstitucionalidad de una ley cuyo único vicio es que perdió vigencia. Cuando ese ocurre el Juez, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de ninguna ley, puede intervenir la relación jurídica en integrarla aplicando criterios que remedien el orden público afectado. No es una discusión sobre la temporalidad legal sino sobre la equidad y el orden público.

Se produce un concurso entre el art. 7º que establece que Las leyes no tienen efecto retroactivo, y el art. 960 que impide la intervención de los jueces, excepto cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público. En este último caso la intervención jurisdiccional es tan necesaria que debe realizarse de oficio cuando la parte afectada omite el reclamo concreto de actualización.

En resumen, pensamos que una interpretación integral de todas las normas que están en juego nos permite solucionar la grave

iniquidad que supone congelar indemnizaciones laborales en épocas de alta inflación.

Referencias Bibliográficas

- (1) ARISTÓTELES, "Ética nicomaquea", DE AZCÁRATE, Patricio (trad.), Ed. Losada, Buenos Aires, 2004, p 198.
- (2) PROLA, Juan I., "Estrategia judicial en el derecho privado: La interpretación jurídica relacional", Ed. Microjuris, Buenos Aires, 26/10/2015, MJD: 436.
- (3) Se trata, como dice el ya citado Juan Prola de hacer una interpretación relacional: La interpretación jurídica relacional, como vimos, es una forma de interpretación propia de los jueces, quienes jamás interpretan la ley de modo aislado y en abstracto, como los juristas teóricos, doctrinarios y académicos, sino siempre en relación con una conducta atribuida a un agente. PROLA, Juan I., ob. cit., Ed. Microjuris, Buenos Aires, 26/10/2015, MJD: 436.
- (4) Art. 12. 1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a cotización correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o al tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado. 2. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4.
- (5) Art. 7º ley 23.928/ 25.561. El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que

contravinieren lo aquí dispuesto. (Artículo sustituido por art. 4° de la ley 25.561 BO 07/01/2002).

(6) Art. 770.- Anatocismo. No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.

(7) Art. 772. Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección.

(8) Se recoge el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor, ampliamente reconocido en la doctrina. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios. El monto resultante debe corresponder al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección. Esta norma es importante para evitar distorsiones derivadas de la aplicación de índices, tema sobre el cual hubo una extensa experiencia en la historia argentina. El valor real es el que tiene prioridad. (Comisión Redactora del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com., en ZANNONI, E. - MARIANI DE VIDAL, M. - ZUNINO, J. - SHINA, F. - RAMOS, G., "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 246).

(9) Art. 12, ley 24.557, modificada por ley 27.348: Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la

aplicación del siguiente criterio: 1°. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el art. 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables). 2°. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta [30] días del Banco de la Nación Argentina. 3°. A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el art. 770 del Cód. Civ. y Com. acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta [30] días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación.

(10) Art. 20, ley 27.348. La modificación prevista al art. 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley.

(11) Art. 276 LCT. Los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo, serán actualizados, cuando resulten afectados por la depreciación monetaria, teniendo en cuenta la variación que experimente el índice de los precios al consumidor en la Capital Federal, desde la fecha en que debieron haberse abonado hasta el momento del efectivo pago. Dicha actualización será aplicada por los jueces o por la autoridad administrativa de aplicación de oficio o a petición de parte incluso en los casos de concurso del deudor, así como también, después de la declaración de quiebra. (Texto según ley 23.616, 1988).

(12) La actualización de los créditos laborales es un tema que el legislador laboral tuvo presente y trató en la ley de Contrato de

Trabajo (...) pero, desde el dictado de la ley 23.928 de convertibilidad en el 1991 (...) debe considerarse que el art. 276 LCT se encuentra derogado por la prohibición general que impera en dicha materia desde hace más de veinte años. (GABET, Emiliano, "Vigencia de la prohibición de indexar créditos laborales", DT 2013, Cita Online: AR/DOC/275/2013).

(13) Belatti, Luis E. c. FA s/ cobro de australes, CS, 20/12/2011.

(14) Massolo, Alberto J. c. Transportadora del Tejar, CS, 20/04/2010.

(15) Espósito, Dardo L. c. Provincia ART, 07/06/2016.

(16) Marando, Catalina G. c. QBE Argentina ART s/ accidente, CS, 12/09/2017.

(17) Ídem.

(18) Cito un ejemplo tomado de un fallo reciente de nuestra provincia que resulta convalidado por la cámara de Apelaciones: Aclaro que no estoy propiciando un ejercicio retroactivo de la ley a situaciones que no ampara, sino utilizando el nuevo criterio adoptado por el legislador, el mayor beneficio resultante de una legislación social más progresiva para actualizar los créditos correspondientes a situaciones preexistentes para actualizar los créditos correspondientes a situaciones preexistentes no canceladas o pendientes de reparación (art. 7º Cód. Civ. y Com.). (Expte. 49/2014). Este es precisamente el argumento que la CS rechazó en Marando. No se puede, en el mismo fallo, declarar que se sigue la regla de Espósito y, en simultáneo, utilizar el criterio de actualización de la ley 27.348 y aplicarlo retroactivamente, violando la doctrina Espósito y el propio art. 20, ley 27.348 que prohíbe expresamente la retroactividad.

(19) Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales s/ accidentes de trabajo, CS, sept. 2004

(20) Marando, Catalina G. c. QBE Argentina ART s/ accidente, CS, 12/09/2017.

(21) Art. 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son

vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

(22) ZANNONI, E. - MARIANI DE VIDAL, M. - ZUNINO, J. - SHINA, F. - RAMOS, G., "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 21

(23) Ibidem.

(24) Para cerrar esta nota, y tras el bosquejo doctrinario de la interpretación jurídica relacional, cabe hacer notar la importancia que tienen los conocimientos psicológicos y sociológicos para el magistrado de nuestros días. No estoy diciendo con esto que los jueces deban ser psicoanalistas o sociólogos, sino que un acercamiento a tales disciplinas es más que recomendable para cualquier juez con preocupación por su trabajo en los días que corren. Ya que no se puede desconocer que el juez ha dejado de ser una máquina expendedora de fallos, para tener la necesidad de responder al compromiso social que asumió el día de su juramento. El perfil de magistrado que vemos no es, como se dijo en el exordio, el de un juez neutral, en nuestra opinión no existe la neutralidad judicial. Sí existe la imparcialidad, pero eso es otra cosa. Tan lejos de la neutralidad como de la demagogia, el juez está puesto en su lugar con el compromiso de realizar el programa constitucional, de encauzar las conductas particulares y relaciones entre las personas hacia los valores contenidos en la Carta Magna. (PROLA, Juan I., "Estrategia judicial en el derecho privado: La interpretación jurídica relacional", Ed. Microjuris, Buenos Aires, 26/10/2015, MJD: 436).

(25) Art. 963.- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

(26) UBIRÍA, Fernando A., "Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 8.

- (27) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R, "La aplicación de los principios de no regresión, solidaridad y pro homine: El desafío ambiental del siglo XXI", Ed. Microjuris, Buenos Aires, 18/06/2015, Citar: MJD 7277.
- (28) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R, "La aplicación de los principios de no regresión, solidaridad y pro homine: El desafío ambiental del siglo XXI", Microjuris, Buenos Aires, 18/06/2015, Citar: MJD 7277.
- (29) Huilcan, Marcelina c. ART interacción, Puerto Madryn, mayo de 2015
- (30) Huilcan, Marcelina c. ART interacción, Puerto Madryn, mayo de 2015, (del Voto del Dr. Vivas).
- (31) Ídem.
- (32) Mercado Fuentes, Eduardo c. PREVENCIÓN ART, Puerto Madryn, abril de 2015,
- (33) Mercado Fuentes, Eduardo c. PREVENCIÓN ART, Puerto Madryn, abril de 2015, (del Voto del Dr. Fiordelisi).
- (34) Mercado Fuentes, Eduardo v. PREVENCIÓN ART, Puerto Madryn, abril de 2015, (Del Voto del Dr. Fiordelisi).
- (35) Egue, Bernardo A. c. La Caja ART SA, ST, 07/11/2016, Expte. 23441 - E 2014.
- (36) Egue, Bernardo A. c. La Caja ART SA, ST, 07/11/2016, Expte. 23441 - E 2014, Consid. 5 (Del Voto del Dr. Pflieger).
- (37) Egue, Bernardo A. c. La Caja ART SA, ST, 07/11/2016, Expte. 23441 - E 2014, Consid. 6 (Del Voto del Dr. Pflieger).
- (38) Egue, Bernardo A. c. La Caja ART SA, ST, 07/11/2016, Expte. 23441 - E 2014, Consid. 10 (Del Voto del Dr. Pflieger).
- (39) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015.
- (40) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015, Consid. 5 (del voto del Dr. Pflieger).
- (41) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015, Consid. 6 (del voto del Dr. Pflieger).

(42) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015, Consid. 6 (del voto del Dr. Pflieger).

(43) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015, Consid. 6 (del voto del Dr. Pflieger).

(44) Art. 12, ley 27.348. Ingreso base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio: 1°. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados —de conformidad con lo establecido por el art. 1° del Convenio N° 95 de la OIT— por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice RIPIE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables). 2°. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta [30] días del Banco de la Nación Argentina. 3°. A partir de la mora en el pago de la indemnización será de aplicación lo establecido por el art. 770 del Cód. Civ. y Com. acumulándose los intereses al capital, y el producido devengará un interés equivalente al promedio de la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta [30] días del Banco de la Nación Argentina, hasta la efectiva cancelación.

(45) Art. 20, ley 27.348. La modificación prevista al art. 12 de la ley 24.557 y sus modificatorias, se aplicará a las contingencias cuya primera manifestación invalidante resulte posterior a la entrada en vigencia de la presente ley.

(46) Cajal, Adolfo O. c. Swiss Medical ART SA, Trelew, 31/05/2017, Registro Sentencia 51/2017.

- (47) Ver Consid. 4, Marando, Catalina G. c. QBE Argentina ART s/ accidente, CS, 12/09/2017.
- (48) Kutschker, Daniel O. c. Galeno ART. SA, Trelew, 24/07/2017, Registro Sentencia 68/2017.
- (49) *Ibíd.*
- (50) Cerámica San Lorenzo s/ prescripción, CS, 04/07/1985. (Fallo no firme al momento de escribir este ensayo).
- (51) BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1993, Buenos Aires, Vol. II, p. 474. Texto citado en LEGARRE, Sergio, "Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos", http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/stare_decisis_y_dcho_judicial.pdf, Fecha de caputua: 20/09/2017.
- (52) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015, Consid. 6 (del voto del Dr. Pflieger).
- (53) Tello, Ana M. c. MAPFRE Argentina ART SA, ST, 17/02/2017, Expte. 23625 - T 2015, Consid. 6 (del voto del Dr. Pflieger).
- (54) ZANNONI, E. — MARIANI DE VIDAL, M. — ZUNINO, J. — SHINA, F.— RAMOS, G., "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 24
- (55) *Ibíd.*, p. 317.
- (56) SHINA, Fernando, "¿Irretroactividad de las leyes o equidad en las relaciones jurídicas? El diálogo de fuentes en el Derecho laboral", elDial.com, Buenos Aires, 31/08/2017, Citar: DC23BD.

La autonomía de la voluntad en la obra de Shakespeare

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC24B4

[Consultado el: 05/10/2021]

i) Presentación. La obra de William Shakespeare (1564 - 1616) es, desde cualquier ángulo que se la examine, extraordinaria. Es lo mismo analizarla en clave de humor o de tragedia porque lo banal y lo profundo son tratados por el autor con la misma inteligencia.

El mercader de Venecia (1596) nos hipnotiza con el pulso de las oscilaciones humanas que no respetan el género literario. La obra contiene, además, otro ingrediente que aumenta su importancia para esta investigación jurídica: toda la tragedia gira en torno del contrato más usurario, más abusivo y más famoso de la historia universal de la literatura. La pieza, además de ser un alegato demoleedor contra el odio racial y la usura, desarrolla los temas más sensibles del derecho; así, en pocas páginas hace una crítica contra la discriminación, el encono religioso, el derecho al propio cuerpo, la exageración del individualismo, el estado de necesidad, y el abuso de derecho.

Es notable comprobar que la seguridad jurídica, representada por el cumplimiento de un contrato absurdo, prevalece sobre la Equidad. La palabra equidad no se usa en toda la obra, como si no existiera en la conciencia de ninguno de los personajes. El contrato no representa a la Equidad, pero la sustituye y se convierte en la Ley. Los protagonistas se disponen, casi indolentes, a cumplir el destino trágico de una ley desunida de la justicia. Quizás esa sea la moraleja escondida de la obra: mostrarnos la desdicha que traen las leyes que no son justas.

El Mercader de Venecia también describe una codicia exagerada, equidistante entre el odio y la venganza. Dice bien Carolina Doliani, en el estudio preliminar de la versión que examinamos: El tema principal de la obra es el conflicto religioso y social, la discriminación y el odio entre el cristiano Antonio y el judío Shylock, sin olvidar que esta querrela particular dialoga con la realidad histórica y con un conflicto universal entre el cristianismo y el judaísmo. (1)

El drama que protagonizan Antonio, Shylock, Porcia y Bassanio es muy sencillo, y casi no tiene dobleces. Su éxito inmortal se debe a la profundidad de los temas que plantea, a la simpleza de los recursos lingüísticos que utiliza, y a la elocuencia de los personajes de ese universo tan ficticio y al mismo tiempo tan real. Bassanio, a pesar de su pertenencia social acomodada, es pobre. Eso no le impide enamorarse de Porcia, una mujer igualmente acomodada pero rica. Para salir de ese trance, que nunca es fácil de superar, Bassanio recurre a su amigo Antonio que no solamente es acomodado sino también generoso. Empero, Antonio no puede socorrerlo porque en ese momento tenía toda su fortuna invertida en un emprendimiento comercial marítimo. Antonio, para no defraudar a su amigo, decide endeudarse para darle el dinero que necesita para concretar la conquista del corazón. Así, inicia tratativas con Shylock, un usurero judío con quien mantiene una relación de odio tan visceral como recíproco. Mientras Antonio es generoso, austero, bueno, compasivo, caritativo, honrado, melancólico y patético; Shylock es avaro, codicioso, cruel, no compasivo, egoísta, infame y materialista. Más allá de la intensidad de este contraste, existen algunos aspectos en los que el cristiano y el judío se parecen: los dos sienten un odio recíproco, extremo e implacable. (2)

La reciprocidad del rencor que cada uno siente por el otro hace que Antonio y Shylock sean iguales, y también hace que sean tan desiguales las obligaciones que cada uno asume en el absurdo contrato que celebran. En los confusos límites de un aborrecimiento simétrico, Antonio y Shylock celebran el contrato más asimétrico de la historia.

ii) El odio y la autonomía de la voluntad. Antonio y Shylock son, en simultáneo, víctima y victimario del mismo enemigo: el odio. Ese resentimiento ancestral es lo que guía el acuerdo de voluntades que los vincula jurídicamente. Shylock parece conocer todo esto y goza anticipadamente la concreción jurídica de su venganza: “Señor Antonio, un montón de veces me has agraviado en el puente de Rialto por mis préstamos y usuras, y siempre lo he soportado con paciencia y he bajado la cabeza, porque ya se sabe que el padecimiento es virtud de nuestro linaje. Me has llamado traidor y perro; y todo por tu capricho y porque saco el jugo a mi caudal, como es mi derecho. Como ahora me necesitas, viene a decirme: Shylock, dame dinero”. (3) Antonio, por su parte, tampoco escatima la violencia que su espíritu benevolente disimula: “Volveré a ofenderte, a odiarte y a escupirte el rostro. Y si me prestas el dinero, no lo haces como amigo, porque si lo fueras, no pedirías usura por un metal vano e infecundo. Préstalo como quien presta a su enemigo, de quien puede vengarse a su antojo si no cumple el pacto”. (4)

Este diálogo resume, además del odio que los personajes se profesan, algunos aspectos jurídicos de notable interés. En primer lugar, vemos al acto voluntario convertido en la ley exclusiva y excluyente que fija los alcances del contrato y la extensión de la pena. La indemnización no es concebida como una reparación que alivia los padecimientos de la víctima de un daño, sino un castigo para el ofensor y una venganza para el ofendido.

En el juicio donde se exige el cumplimiento del horrible contrato Shylock le dice al juez: “Su Alteza conoce mi propósito, y he jurado por el sábado alcanzar la merecida venganza. Si me la niega, ¡vergüenza eterna para las leyes y libertades venecianas! Me preguntarán porque aprecio más una libra de carne de este hombre que tres mil ducados. Porque así se me antoja. ¿Le satisface esta respuesta? Si en mi casa hubiera un ratón molesto y yo insistiera en pagar diez mil ducados para matarlo, ¿creería que eso es incorrecto? Hay hombre que no soportan ver en su mesa un lechón asado, otros que no resisten la vista de un gato, animal tan útil e inofensivo, y

algunos que orinan cuando escuchan la melodía de una gaita. Efectos de la aversión que todo lo domina. Y así como ninguna de estas cosas tiene razón de ser, yo tampoco la puedo dar para seguir este litigio repulsivo, excepto por la intensidad del odio que me provoca hasta oír el nombre de Antonio. ¿Le gusta esta respuesta?”(5)

Shylock lo dice con absoluta claridad: la ley y la libertad de la sociedad dependen del cumplimiento de los contratos celebrados entre particulares. La frase postula el dominio absoluto de la libertad individual sobre la Equidad y la seguridad jurídica sobre la justicia.

iii) La usura, la equidad y las apariencias. En una primera y superficial lectura de la obra, la frontera que separa el bien del mal parece definida por los rasgos indudables de los personajes. Sin embargo, esa línea es más aparente que real. Shylock no es solamente un usurero despiadado, ni Antonio un amigo generoso eximido de los reveses de la pasión. Ambos simulan ser lo que no son y construyen una apariencia que finge las tinieblas de su espíritu.

Bassanio tiene interesantes reflexiones sobre lo aparente y lo real: “Las apariencias engañan muchas veces. ¿Ha habido alguna causa tan mala que un abogado persuasivo no pudiera hacer probable buscando excusas para el crimen más repugnante? ¿Hay alguna herejía religiosa que no posea fanáticos y que no pueda ocultarse con citas de la Escritura o con adornos retóricos que disimulan su falsedad? ¿Acaso no existe un vicio que no pueda disfrazarse con la máscara de la virtud? ¿No han visto muchos cobardes, tan falsos y movedizos como piedra sobre arena, y que por fuera muestran el rostro agresivo de Hércules y las barbas erizadas de Marte, y por dentro tienen los hígados tan blancos como la leche? ...Los maquillajes son como la playa de un mar borrascoso; como el velo de seda que oculta el rostro de una hermosura india; como la verdad, cuya máscara roba el embuste para engañar a los más sensatos...” (6)

Antonio simula la generosidad que no tiene porque su espíritu está intoxicado de odio religioso y desprecio. Shylock prepara su

venganza, y defiende su linaje, pero lo hace escondido en la trinchera de su riqueza que la usura incrementa; como si cada punto del interés fuera un puntazo de acero que lastima al ofensor y repara la ofensa sin sentido. En el carrusel de las apariencias, Antonio es un falso héroe y Shylock un falso villano; permanentemente invierten sus roles y el idealista de un diálogo es el inescrupuloso del siguiente. La reflexión de Bassanio nos advierte que no debemos caer en la tentación de resumir esta comedia dramática y llena de suspicacias en un enfrentamiento de contrastes; no hay un debate entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo puro y lo impuro. El Mercader de Venecia no es otro de los panfletos antisemitas, tan difundidos en aquella época intolerante de la historia.

El usurero de esta obra, a diferencia de otros personajes de caricatura, tiene un discurso crítico que reivindica a los despojados más que el cristiano generoso que los humilla con su confort desmedido. En varios momentos vemos un prestamista más atento a censurar el estatus social injusto que a sus préstamos. Shylock es astuto en los negocios, y sin dudas su codicia exaspera, pero también es muy agudo cuando acusa las hipocresías de los que fingen una bondad que no existe en su corazón.

“Antonio: Mira que estás hablando con un judío. Te sería más fácil parlamentar a las olas de la playa cuando están más violentas y conseguir que amansen, o preguntar al lobo por qué come a la oveja y deja huérfano al cordero...En consecuencia, es más probable que logres cualquier imposible antes de que consigas sensibilizar el pétreo corazón de este hebreo...

Shylock: Si no lastimo a nadie, ¿qué temeré? Usted tiene tantos esclavos, que pueden servirlo como mulos, perros o asnos en los oficios más ruines y ordinario. Son suyos, le han costado su dinero. Si yo le dijera que los deje en libertad, que los case con sus hijas, que no los haga dudar bajo la carga, que tengan camas tan nuevas como las suyas y manjares tan finos como los que usted come, seguramente me contestaría: ¿son suyos? Entonces yo le doy la misma

respuesta. Esa libra de carne que pido me pertenece, y tuve que pagar un precio elevado por ella. Si no me la da, maldigo las leyes de Venecia y pido justicia. ¿Me la da? ¿Sí o no?”(7)

Shylock es, sin dudas, odioso y cruel; pero también es mártir de una persecución racial que lo victimiza. “Graciano: ¡Maldición sobre ti, infame perro! ¡Maldita sea la justicia que te permite vivir! Cuando te veo, casi confirmo la doctrina pitagórica que enseña la transmigración de las almas de los brutos a los hombres. Estoy convencido de que tu alma ha pertenecido a algún lobo sacrificado por homicida, y que desde la horca fue volando a subyugar tu cuerpo cuando todavía estabas en las entrañas de tu madre desleal; ya que tus instintos son depredadores, malvados y sanguinarios como los del lobo.”(8)

iv) La tasa de interés, el riesgo, la necesidad y el abuso.

Otra de las cuestiones que se exponen en la obra es como la tasa de interés siempre va asociada a la tasa de riesgo. En otras palabras: es más caro el dinero para quien tiene menos chances de devolverlo que para quien le sobra para prestarlo. Esto, inevitablemente, hace que el negocio del préstamo vincule a quien necesita capital con quien lo tiene en abundancia. En ese punto, estrictamente jurídico, Shylock es un hombre de negocios correcto, casi formal: analiza los riesgos de su negocio, antes de ponerle precio a su odio. El financista realiza un análisis racional y jurídico del patrimonio de Antonio y de los riesgos implicados en el préstamo: “No tengo ninguna razón; quiero decir que es un buen pagador, sin embargo, su hacienda corre demasiado peligro. Ha enviado un barco a Trípoli y otro a las Indias. Recién me dijeron que en el puente Rialto que prepara una nave para México y otra para Inglaterra. De esta forma, sus negocios y su caudal se encuentran esparcidos por el mundo. No obstante, a fin de cuentas, los barcos son tablas; y los marineros hombres. Hay ratas de tierra y ratas de mar, ladrones y piratas y también ventiscas, olas y bajíos. Pero repito que es buen pagador. Tres mil ducados...Creo que aceptaré la fianza”. (9)

El discurso de Antonio, es opuesto al de Shylock, y contiene toda la tradición del cristianismo, y el pensamiento de Santo Tomás de Aquino en materia de usura: cualquier préstamo de moneda que suponga el cobro de intereses es usurario. Aunque no soy usurero y ni presto ni pido prestado, esta vez rompo mis principios para ayudar a un amigo...” (10)

v) La cláusula abusiva. Como en nuestros días, el abuso de derecho se materializa través de su ejercicio irregular. Shylock recita de memoria la cláusula abusiva que reivindica su desprecio: “¡Qué enojado estás! ¡Pensar que yo quería ganar tu amistad olvidando las agresiones con las que me has humillado! Pienso prestarte mi dinero sin ningún interés. Ya ves que mi intención no puede ser más generosa...Entonces ven a casa de un escribano. Debes firmar un recibo prometiendo que, si para el día convenido no has pagado, saldarás la deuda entregando una libra justa de tu carne, que cortaré yo mismo del lugar de tu cuerpo que más me plazca”(11) Shylock, como decíamos antes, no debe ser juzgado como un simple usurero que únicamente busca dinero: no quiere los intereses del préstamo sino la sangre de su enemigo. No lo inspira el lucro sino el rencor.

“Bassanio: En vez de tres mil ducados toma seis.

Shylock: Aunque dividieras cada uno de ellos en seis, no lo aceptaría. Quiero que se cumpla el pacto.”(12)

Para obtener el premio de la venganza, Shylock convierte a Antonio en deudor de un negocio jurídico demencial.

“Salarino: De todos modos, aunque no cumpla el contrato, no te apoderarás de una libra de su carne. ¿Para qué te sirve?

Shylock: Me servirá para darla de cebo a los peces. Y si no sirve de alimento para nada más, al menos alimentará mi venganza. Me servirá para satisfacer mis odios. Me ha arruinado. Por él he perdido medio millón, él se ha mofado de mis ganancias y de mis

pérdidas; ha humillado mi raza y mi linaje, ha incitado a mis enemigos y ha desalentado a mis amigos. Y todo, ¿por qué? Porque soy judío...” (13)

Antonio no retrocede ni se desanima: “Acepto el trato y te doy la fianza”. (14)

Y así se firmó el acuerdo donde el usurero apuesta todo el caudal de su odio a la carta de la venganza, y el noble dispone de su propio cuerpo para garantizar el dinero que necesita su amigo.

vi) El endeudamiento, el optimismo y la necesidad. La tragedia que se vislumbra desde el comienzo se completa con un hecho fortuito: una tormenta hace naufragar sus barcos, y el dinero y la dicha de Antonio se hunden en un océano tan profundo, tan neutral y tan ajeno a las pasiones humanas. “Corren noticias de que un barco de Antonio, cargado de opulentas mercancías, ha naufragado en los estrechos de Goodwins, que son unos obstáculos de los más temibles, y donde han muerto muchas naves soberbias. Esto es lo que ocurre, si es que la chismosa fama no miente y se porta hoy como mujer de bien.”(15)

Sobre ese hecho incierto y futuro reposaba la voluntad del tomador del dinero. Uno de los contratantes midió el riesgo de su inversión y le puso precio; el otro contratante le puso optimismo a su capacidad de pagar el precio de sus necesidades. La relación entre el endeudamiento y el optimismo para desendeudarse es una cuestión que nos sigue hasta nuestros días, y los estudios sobre insolvencia nos dan cuenta de esta situación. (16)

Por eso, antes de firmar el pacto, Antonio le dice a su amigo: “No tengas miedo. El plazo es bastante largo para que mis barcos vuelvan antes de cumplirse”. (17) Y también el optimismo, más emocional que racional, lleva a Bassanio a tomar deudas imprudentes: “En Belmonte hay una rica heredera. Es bellísima y, además, es admirada por todas sus virtudes. El brillo de sus ojos me ha hablado

más de una vez con la lengua del amor. Se llama Porcia, y no tiene nada que envidiarle a la hija de Catón, esposa de Bruto. Todo el mundo sabe que su valía es inconmensurable; de hecho, viene de los sitios más recónditos a pretender su mano... ¡Oh, Antonio mío! Si yo tuviera medios para competir con cualquiera de ellos, tengo el presentimiento de que alcanzaría la victoria”.

vii) La obligatoriedad de los contratos es una Cuestión de Estado. El cumplimiento de los contratos y su exigibilidad formaban los ejes del sistema. El *pacta sunt servanda* no es una mera regla contractual; es una Cuestión de Estado. Esto se revela en un diálogo que Antonio, ya convertido en reo y en la cárcel, tiene con su amigo mientras espera que el insensible contrato se ejecute.

“Salanio: No creo que Dux permita que se cumpla un contrato tan engañoso.

Antonio: El Dux debe cumplir la ley, porque el crédito de la República perdería mucho si no se respetasen los derechos del extranjero. Toda riqueza, éxito y esplendor de esta ciudad depende de su comercio con los extranjeros...” (18)

Este diálogo explica una de las claves del derecho privado: la certeza jurídica de los contratos asegura el tráfico de riquezas; si los acuerdos no fueran absolutamente seguros y exigibles con toda la fuerza de la ley, el sistema de intercambio de riqueza entraría en una crisis sin remedio. Sin embargo, el desafío es lograr que los contratos sean seguros, sin ser injustos. En un diálogo, el improvisado y apócrifo abogado de Antonio (Porcia) intenta una defensa basada en la indulgencia: “Todos los días en la oración pedimos clemencia, pero la misma plegaria nos enseña a perdonar como anhelamos que nos perdonen. Te digo esto sólo para incitarte a conmiseración, porque si te empeñas en tu demanda, no habrá otra solución, conforme a las leyes de Venecia, que sentenciar el litigio en favor tuyo y contra Antonio”. (19) Shylock no tarda en dar la previsible respuesta: “Yo

cargo con la responsabilidad de mis actos. Pido que se ejecute la ley y que se cumpla el contrato”. (20)

viii) La libertad individual y el Estado ausente. Una de las características del contrato paritario, que continúa vigente en nuestros días, es la imposibilidad de la intervención del Estado en la contratación privada. Esta circunstancia se ve con dramática claridad en la obra. El abuso del prestamista está a la vista de todos; es manifiesto, pero ninguna autoridad puede intervenir para corregirlo.

El Dux, que debe impartir la justicia en el litigio entre Antonio y Shylock, describe con detalle el acuerdo abusivo, pero quiere subsanarlo apelando a la misericordia porque no tiene herramientas legales para modificarlo. “¡Todos atrás! ¡Que se presente Shylock! El mundo cree, y yo con él, que quieres exacerbar tu crueldad hasta el paroxismo, luego, cuando sea pronunciada la sentencia, jactarte de ser piadoso y calmo, cometiendo de este modo una infamia todavía más odiosa que tu maldad primera. La gente cree que en vez de pedir el cumplimiento del contrato que te concede una libra de carne de este desafortunado mercader, desistirás de tu demanda, tendrás algo de compasión, le perdonarás la mitad de la deuda al tener en cuenta las pérdidas enormes que ha tenido en poco tiempo y que alcanzarían para arruinar al más rico mercader monarca y a conmover entrañas de bronce y corazones de pedernal, aunque fuesen de turcos o tártaros selváticos, ajenos de toda moderación y urbanidad. Todos esperamos de ti una respuesta amable”. (21)

Shylock nos explica, con simpleza y contundencia, qué ocurre cuando el Estado tiene vedada toda intervención en el ámbito de la contratación privada: “¡Oh, qué felicidad! Disfrutaré al atormentarlo. Mi venganza será excesiva”. (22)

ix) Un contrato justo pero imposible de cumplir. Finalmente, llega la solución del caso y el desenlace de la obra. El pleito toma un giro inesperado y termina siendo favorable al buen Antonio y adverso para el denostado usurero. Sin embargo, la

solución no es justa. No se hizo justicia porque no prevaleció la Equidad. Al contrario, la solución del caso consistió en extender al máximo la validez de las palabras del contrato absurdo para lograr que su cumplimiento sea imposible. No se condena la injusticia de pagar intereses financieros con las vísceras humanas. La solución consistió en intimar al prestamista para que realice la mutilación del cuerpo, como lo indicaba el contrato, pero evitando derramar una gota de sangre porque ese líquido no estaba incluido en el acuerdo. En pocas palabras: el contrato es justo porque es voluntario, pero es imposible de cumplir porque la carne no sale del cuerpo sin derramar su sangre.

“Porcia: Según la ley y la decisión del tribunal, te pertenece una libra de su carne.

Porcia: Un momento más. El contrato te cede una libra de su carne, pero ni una gota de su sangre. Toma la carne, que es lo que te pertenece; no obstante, si llegas a derramar una gota de su sangre, tus bienes serán confiscados de acuerdo a la ley de Venecia.

Porcia: ¡Deténgase! El hebreo tendrá completa justicia. Se cumplirá el contrato.

Porcia: Prepárate ya a cortar la carne, pero sin derramar la sangre, y de ser una libra exacta, ni más ni menos. Si tomas más, aunque sea la vigésima parte de un adarme, o inclinas por poco que sea, la balanza, perderás la vida y la fortuna.”

x) Otro acuerdo abusivo. Como si todo esto fuera poco, el azorado lector asiste a un final que lo remite al comienzo de la obra; a poco de terminar la pieza nace otro pacto inmoral y abusivo. Antonio le ofrece clemencia al prestamista, pero el perdón está subordinado a la firma de un pacto que contiene condiciones abusivas e inmorales. Nuevamente vemos que la indulgencia de Antonio está atada a sus prejuicios y rencores; la voracidad material que domina a Shylock es idéntica al fanatismo resentido de Antonio:

“Antonio: Si el Dux y el tribunal lo eximen del pago de la mitad de su fortuna al tesoro público, yo le perdono la otra mitad, con dos condiciones: la primera, que renuncie a sus equivocaciones y se haga cristiano; la segunda, que a través de una escritura firmada en esta misma audiencia deje como herederos de toda su hacienda a su hija y a su yerno Lorenzo.

Dux: Juro que lo hará, o de lo contrario, revocaré el poder que le he concedido.

Porcia: ¿Aceptas, judío? ¿Estás satisfecho?

Shylock: Estoy satisfecho y acepto.”(23)

xi) Conclusión. Cuando la voluntad individual predomina sobre la Equidad, el Derecho desaparece.

Referencias Bibliográficas

- (1) Shakespeare, William, El Mercader..., p 4.
- (2) Shakespeare, William, El Mercader..., p 4.
- (3) Shakespeare, William, El Mercader..., p 17.
- (4) Shakespeare, William, El Mercader..., p 17.
- (5) Shakespeare, William, El Mercader..., p 48.
- (6) Shakespeare, William, El Mercader..., p 38.
- (7) Shakespeare, William, El Mercader..., p 48.
- (8) Shakespeare, William, El Mercader..., p 49.
- (9) Shakespeare, William, El Mercader..., p 17.
- (10) Shakespeare, William, El Mercader..., p 17.
- (11) Shakespeare, William, El Mercader..., p 17.
- (12) Shakespeare, William, El Mercader..., p 48.
- (13) Shakespeare, William, El Mercader..., p 34.
- (14) Shakespeare, William, El Mercader..., p 18
- (15) Shakespeare, William, El Mercader..., p 34.

(16) El "exceso de optimismo" puede también ser una respuesta pertinente. Una persona que toma uno de estos préstamos puede ser demasiado optimista sobre su capacidad para reembolsarlos. Ella puede subestimar la necesidad del crédito rotativo sobre saldos impagos muy costosos (rollover), algo así como el descubierto bancario. La posibilidad de tener una pequeña suma de dinero (y a veces no tan pequeña) en las manos en pocos minutos y sin necesidad de llenar abundantes formularios (apenas basta con la autorización de descuento o la firma de un pagaré), actúa agresivamente sobre la diagonal de optimismo y el Willpower. Anchaval, Hugo A., *Insolvencia del consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p 169.

(17) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 18.

(18) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 42.

(19) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 50.

(20) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 42.

(21) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 47.

(22) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 36.

(23) Shakespeare, William, *El Mercader...*, p 53 - 54.

Algunos principios del derecho del consumidor que fragmentaron la teoría general del contrato

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF180077

[Consultado el: 05/10/2021]

1) Presentación. En la actualidad y a partir de la vigencia del Código Unificado (Agosto 2015), el tipo contractual ha quedado dividido en tres fracciones: a.- los contratos paritarios (957 y siguientes CCyC); b.- los contratos de adhesión (arts. 984 a 989 CCyC); c.- los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122).

En lo personal, siempre estuve tentado de incluir una cuarta fracción integrada por los contratos conexos (art. 1073 a 1075 CCyC) porque también ellos se apartan de las reglas clásicas de los contratos paritarios, pero ya hay bastante lío doctrinario como para que yo le agregue mis habituales vacilaciones al neblinoso panorama escolar.

En este ensayo voy a considerar con la mayor brevedad posible, sólo uno de los tipos contractuales que fraccionaron el sistema: el contrato de consumo.

2) El dilema. Una vez asumida la condición fragmentaria de los contratos de consumo, se abre otro debate más interesante. Veamos este dilema: ¿corresponde que la ley general trate estos contratos 'especiales', o era preferible dejar que sigan siendo regulados por la ley especial?.

La disyuntiva de incluir o no a los contratos de consumo en los estatutos generales no es una originalidad argentina; la cuestión es

tan actual que se ha convertido en una estrategia legislativa que divide a los doctrinarios de todo el mundo.

Para Díez-Picazo: Dice Alpa que los modelos que podemos encontrar en los países de la Unión son muy diferentes y pueden resumirse en cuatro: 1. Hay algunos países que tienen una ley general y a su lado una nutrida legislación especial, que en parte es de origen interno y en parte es de origen comunitario. No hace falta decir que es el caso del Derecho español. 2. Hay países (dice Alpa) que han preparado o tratado de preparar textos únicos. 3. Hay otros que poseen una legislación fragmentaria unida a una doctrina de naturaleza jurisprudencial, como es el caso de la Gran Bretaña. 4.º Finalmente, hay ordenamientos en los que la disciplina de los contratos de consumo o, por lo menos, la parte más importante de ella se ha insertado clara y decididamente en el CC...El debate es, pues, cuál de estos modelos presenta mayores ventajas y por cuál debemos decantarnos (1).

En definitiva, Díez-Picazo sostiene: a) que la inclusión del sujeto de consumo es imprescindible en los Códigos generales; b) esa inclusión debe mantener el tratamiento jurídico específico que la contratación de consumo tiene; c) el derecho de consumo debe asumir la condición de rama propia del derecho privado.

Estoy de acuerdo con el notable jurista español; sin embargo me permito agregar que la fragmentación contractual y la inclusión de los contratos de consumo en la legislación general, no obedeció a una elucubración teórica iluminada. El actual protagonismo del contrato de consumo hizo que esa inclusión sea inevitable.

Todos los datos que conocemos indican que la mayoría de los contratos que circulan son de consumo, o de adhesión, o ambas cosas en simultáneo. Era imposible para el Código dejar afuera esta realidad. Dicho en otras palabras: o se incluía a los contratos de consumo dentro del código general, promoviendo la fragmentación del sistema contractual, o se los dejaba afuera permitiendo que la ley más

importante del ordenamiento omite al principal contrato del sistema. En sumario: o se fragmentaba la teoría contractual o el propio código quedaba fragmentado de la realidad.

Sin embargo, admitir la necesidad de incluirlos no quiere decir que la forma empleada haya sido la mejor, o que no pueda ser mejorada, o que sea conveniente mantener la ley especial vigente. Es decir: también se puede derogar la ley 24.240 y regular toda esta rama del derecho desde un único cuerpo legal. Después de todo, ¿para qué nos sirve que una ley particular conviva con una ley general, y que ambas leyes tengan mismo sujeto de tutela y el mismo objetivo final? Esa convivencia sólo sirve para incrementar las colisiones normativas.

3) La inclusión de los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial.

Los contratos de consumo fueron incorporados en el Código Civil y Comercial en el Libro III, Título III, Capítulo I a IV, arts. 1092 a 1122.

La Comisión Redactora del Código explica los motivos de la inclusión: Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes: a) En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. B) Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela. c) También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d) En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las

demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor (2).

4) Críticas y reflexiones.

Sin embargo, la explicación no nos parece convincente; por eso presentamos algunas reflexiones críticas:

a. En primer lugar, los derechos del consumidor no requerían una protección mínima y complementaria porque la Constitución Nacional les asigna el mayor privilegio dentro del ordenamiento jurídico. (conf., art. 42 CN).

b. La Comisión legisladora explica que si se decidiera derogar la ley 24.240 subsistirán los derechos previstos en los artículos 1092 a 1122 del CCyC, actuando estas normas como piso del sistema protectorio del usuario.

Este argumento adolece de severos problemas:

Primero: Si llegara a ocurrir la derogación de la ley 24.240, lo más probable es que simultáneamente se deroguen los artículos del Código Civil y Comercial. Es improbable que un legislador decidido a suprimir ley 24.240, y con suficiente apoyo político para hacerlo, deje vigentes un puñado de artículos de la ley 26.994.

Segundo: En adición a lo dicho en el antecedente: es muy poco posible que la ley 24.240 sea derogada. La tendencia mundial indica lo contrario; los estatutos de defensa del consumidor son cada vez más importantes en los ordenamientos normativos que conocemos. Si, finalmente, esa derogación se concretara los artículos del Código Civil y Comercial serían absolutamente insuficientes para asegurar la tutela efectiva del consumidor. La derogación de la ley

24.240 crearía una crisis en el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución Nacional.

Tercero: El original concepto de diálogo de fuentes, que según los legisladores establece una intercomunicación normativa entre el Código y las leyes especial, es una construcción doctrinaria que no tiene ninguna base científica más allá de tener -eventualmente - alguna utilidad puntual que iremos descubriendo. El diálogo de fuentes, pese al optimismo que la novedad suscita, puede llegar a convertirse en una interminable discusión entre leguleyos que defienden intereses opuestos tratando de convencer a jueces vacilantes. Las normas, en principio, no se crean para dialogar sino que deben ser aplicadas para resolver casos concretos. El diálogo de fuentes es una frase puesta de moda, un aforismo sin contenido.

Empero y como fuera dicho: no era posible legislar un código general en el siglo XXI dejando afuera a las relaciones de consumo.

A continuación, vamos a presentar una serie de tópicos que representan excepciones o pequeñas rupturas con la teoría tradicional del contrato. Son estos principios los que, a nuestro modo de ver, impulsaron la fragmentación del sistema contractual que estuvo vigente durante un siglo y medio.

1) El proteccionismo legal. La ley 24.240, como surge del art. 1, es una ley cuya finalidad no es la libertad contractual, ni la obligatoriedad de los contratos, ni la igualdad de los contratantes, sino la protección de los usuarios y los consumidores.

Es una ley protectoria que aspira a lograr equidad en las relaciones de consumo. La ley, en líneas generales, agrava las obligaciones y las responsabilidades de los proveedores de bienes y servicios, y trata de proteger y privilegiar a los consumidores de esos bienes.

2) La universalidad de la ley 24.240. El mismo art. 1 incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato. Esta regla marca una clara ruptura con el consagrado efecto vinculante o relativo del contrato establecido en el art. 959 CCyC. Asimismo, la ley incluye en la definición consumidores a una universalidad de sujetos para que su efecto protectorio alcance a la mayor cantidad de personas posibles.

3) Las reglas de interpretación propias. El artículo 3 LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. La norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario (6). El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 CCyC (6).

Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En ese orden, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 CCyC (7) que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme a la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

4) La solidaridad legal. El art. 2 LDC incorpora una noción absolutamente revolucionaria en la teoría general del contrato. La solidaridad legal, dispuesta en la norma que analizamos, deroga, en el ámbito de las relaciones de consumo, al efecto relativo de los contratos (arts. 1021 a 1024 CCyC). El contrato de consumo vincula al usuario no solamente con el proveedor del servicio o del bien, sino con el fabricante, el importador, el distribuidor, comercializador, y todos los miembros de la cadena comercial solidaria integrada en el art. 2 LDC (7).

El régimen solidario se extiende a la obligación de garantía prevista en el art. 13 LDC (8) y al sistema de responsabilidad objetiva dispuesto en el art. 40 LDC que más adelante examinaremos (9).

5) La publicidad integrada. Otra regla rupturista de los principios tradicionales es la establecida en el art. 8 LDC (11). Esta norma dispone que los contenidos de las publicidades sean de cumplimiento obligatorio, porque los avisos publicitarios forman parte del contrato de consumo. Se trata de un texto legal importante porque convierte el derecho de los proveedores a realizar publicidades en una de sus principales obligaciones contractuales.

El incumplimiento de la publicidad, o la divergencia severa entre el producto entregado al consumidor y el que se muestra en la publicidad, engendra la responsabilidad del proveedor. EL art. 8 LDC es compatible con el más reciente art. 1103 CCyC (12). Estos principios marcan una separación de los contenidos de la teoría clásica, siendo oportuno recordar que el art. 973 CCyC (13) establece que la oferta indeterminada no equivale a la intención de contratar, sino que actúa como una invitación genérica al intercambio de ofertas previas.

6) La garantía legal. El art. 11 LDC dispone una obligación de garantía en beneficio de los usuarios y consumidores. Los plazos de esa garantía varían según que el bien sea nuevo o usado. Para los bienes nuevos el plazo de garantía es de 6 meses; si el bien es usado ese plazo se reduce a 3 meses (14).

Este tratamiento de la obligación de garantía supone un apartamiento de las reglas tradicionales. Si tomamos el emblemático contrato de compraventa (arts. 1121 a 1171 CCYC) podemos comprobar que la garantía no tiene fuente legal sino convencional.

7) Los vicios redhibitorios (VR). En la teoría clásica, los VR no pueden ser alegados por quien al momento de celebrar el contrato conocía o debía conocer la existencia del defecto (Conf. art. 1053 CCyC). Ese régimen es dejado de lado por la ley 24.240 que no prevé ninguna excepción; esto determina que cualquier vicio o defecto que la cosa tenga da lugar al repudio del contrato (conf. art. 18 LDC) (15).

8) Los contratos especiales, el arrepentimiento y la rescisión contractual. La ley de defensa del consumidor se hace cargo de una situación inédita en los días de Vélez Sarsfield: la alta tecnología. El fenómeno de la contratación online viene aumentando a ritmo sostenido en los últimos años y no hay nada que indique que ese desarrollo vaya a ceder en el futuro.

El art. 34 LDC (16) prevé que cuando se dan los supuestos contemplados en los arts. 32 y 33 LDC, el usuario dispondrá de 10 días para reflexionar sobre la compra realizada; y durante ese tiempo podrá arrepentirse y revocar el contrato sin gastos ni penalidades en su perjuicio. Este mismo derecho se repite en los arts. 1110 a 1116 CCyC.

9) La competencia territorial múltiple. En la contratación remota, tan frecuente en nuestros días, es muy usual que el domicilio del proveedor y el del usuario estén separados por cientos o miles de kilómetros. Por ese motivo, en caso de surgir problemas sobre la ejecución o la interpretación del contrato no resultaba claro cuál era el tribunal competente para resolver ese asunto.

Los proveedores solían disponer una cláusula contractual que fijaba la jurisdicción en lugares siempre alejados del domicilio del usuario. Así, cuando los clientes querían hacer un reclamo debían tramitar su queja en un lugar distante a su domicilio, asumiendolos gastos que ello implica.

En los hechos, estas jurisdicciones alejadas del domicilio del usuario traían dos consecuencias inevitables. En primer lugar, eran un obstáculo - a veces insalvable - para que el consumidor accediera a la justicia. En segundo lugar, el proveedor recibía menos reclamos que los que hubiera soportado si la jurisdicción fuera más cercana al domicilio del cliente.

El art. 36 LDC trae una solución contundente a este problema, al disponer un sistema múltiple y optativo de competencias

posibles. Por aplicación de esta norma, el usuario puede usar la que le resulte más conveniente; por el contrario, si quien debe hacer el reclamo es el proveedor, la única opción que tiene es entablarlo en el lugar del domicilio real del demandado.

Se transcribe la sección de la norma que establece un quiebre con los sistemas tradicionales en materia de competencia: Art. 36 LDC. ...Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

10) La responsabilidad solidaria. El art. 40 LDC (17). En el derecho del consumidor, la responsabilidad por los daños es solidaria y afecta a los sujetos mencionados en el art. 2 LDC. Asimismo, el art. 40 LDC determina que el factor de atribución de responsabilidad es objetivo. Esto determina que el proveedor debe asumir los daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, y para eximirse de responsabilidad debe acreditar la ruptura del nexo causal. Acierta Farina cuando dice: El consumidor está legitimado para demandar a cualquiera de los intervinientes en la relación de consumo, desde el productor hasta el expendedor directo... La obligación concurrente, al igual que la solidaria, le otorga al perjudicado la posibilidad de dirigirse contra cualquiera de los responsables o contra todos ellos simultáneamente (18).

La responsabilidad objetiva como principio general representa una separación de las teorías clásicas.

11) El daño directo: el art. 40 bis LDC (19). El daño directo es una pequeña compensación que el usuario afectado puede recibir

en la sede administrativa si su reclamo prevalece. El instituto implica una ruptura respecto del sistema tradicional porque permite que se fije una indemnización en el ámbito de un procedimiento administrativo.

El daño directo recibió desde su aparición duras críticas de parte de la doctrina que le achacaba una inconstitucionalidad relacionada con el apartamiento del principio del juez natural. Nosotros siempre sostuvimos la constitucionalidad de la norma. Ello así porque el texto legal deja abierta la vía recursiva para revocar la resolución administrativa interponiendo el recurso de apelación (20).

12) Los daños punitivos (DP). Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC) (21). La aplicación de daños punitivos, tema sumamente controvertido en la doctrina y vacilante en la jurisprudencia, marca otra clara ruptura con las teorías tradicionales.

En la concepción velezana, la teoría de la responsabilidad tenía por finalidad volver las cosas al estado anterior al daño. Por lo tanto, la indemnización tenía carácter resarcitorio. Esa tradición está representada por el viejo art. 1069 CC (22). La ley 17.711 amplía los rubros indemnizables agregando el daño moral previsto el art. 1078

CC (23). Por su parte, el Código Civil y Comercial continúa esa tradición resarcitoria que consiste en la restitución de los valores, materiales y morales, afectados por el evento dañoso. Por más que el art. 1738 CCyC incrementa los rubros indemnizables, todos ellos están subordinados al daño sufrido por la víctima.

Si se examina detenidamente esta concepción, se advierte que el daño y la reparación se articulan como términos equivalentes. Por lo tanto, la reparación deroga la noción del daño porque vuelve las cosas a su estado anterior; es decir, al estado en el que no existía el daño. Esta ficción conceptual determina que el daño reparado sea, en definitiva, un término equivalente al no-daño. Y siguiendo el curso de ese razonamiento, la reparación del daño también elimina la noción de

víctima (una vez que recibe la indemnización) y la de agente dañador (una vez que paga la indemnización).

Este pensamiento nos merece severas críticas éticas. Si el daño ocurrido puede resarcirse por un cálculo aritmético consistente en sumar los rubros indemnizables previstos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, etc.) es muy posible que el agente dañador, antes de actuar, haga ese mismo cálculo y decida qué daños puede realizar sin afectar rentabilidad de su negocio o aun para mejorar su rendimiento. Si el costo de las indemnizaciones es menor que la renta pronosticada, elegirá pagar las indemnizaciones y desatender la calidad y la seguridad producto. El daño, así considerado, se convierte en un costo empresario desvinculado de toda noción ética (24).

Los daños punitivos actúan en dirección opuesta a esta concepción, porque desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante. Los castigos punitivos superan el valor del daño producido porque la su finalidad no sólo es retributiva sino preventiva. Esta insubordinación parcial del daño y la indemnización es un punto de ruptura en la teoría general de la responsabilidad (25).

13) Las cargas probatorias dinámicas. El art. 377 del Cód. Procesal Civil y Comercial dispone que todo el que alegue hechos y derechos en una acción judicial debe acreditarlos (26). Esta regla también cede con la aparición del derecho del consumidor.

El art. 53 LDC establece que en las acciones judiciales de consumo la prueba, o, mejor dicho, la carga probatoria grava más al proveedor que al consumidor. Se le impone al proveedor la obligación de colaborar con el esclarecimiento del debate, aportando las pruebas que obren en su poder (27).

Pensamos que esta regla establecida en el art. 53 LDC es más imperativa que la prevista en el art. 1735 CCyC (29), que permite que sea el magistrado quien distribuya las cargas probatorias del proceso.

El art. 53 LDC directamente dispone que esa carga pese sobre el proveedor y no sobre el usuario o consumidor.

Por tratarse de una regla que beneficia a los usuarios y los consumidores en el marco de un procedimiento judicial, pensamos que su aplicación será preferible en caso de colisión con lo dispuesto en el art. 1735 CCyC. Dicho de otro modo: pensamos que un magistrado no podría agravar la condición probatoria del usuario, ni aliviar las cargas impuestas a los proveedores en el art. 53 LDC.

14) La gratuidad de las acciones de consumo. Las acciones de consumo, sean individuales o colectivas, gozan del privilegio de gratuidad absoluta. La gratuidad está establecida en los arts. 53 y 55 LDC. La primera norma regula la gratuidad en las acciones individuales de consumo, mientras que la segunda dispone lo mismo en las acciones colectivas.

Hay entre las dos normas una diferencia importante. En el caso de las acciones individuales, la parte demandada puede probar la solvencia de la parte actora e interrumpir el beneficio. Por lo tanto, en este supuesto, el art. 53 LDC establece una presunción de insolvencia *juris tantum* que puede ser desvirtuada por la prueba en contrario. En el caso de las acciones colectivas de consumo, el art. 55 LDC no ofrece la posibilidad de que se demuestre la solvencia de actora. Esa circunstancia determina, a pesar de existir una cierta resistencia jurisprudencial, que la presunción de insolvencia es, en este supuesto, *iure et de iure*.

15) Las acciones colectivas de consumo. El art. 52 LDC, prevé un procedimiento judicial colectivo que hasta la aparición de la ley 24.240 era inédito en nuestro medio. La norma, en su tercer párrafo dispone: "...En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal." El texto legal abre las puertas de los procesos colectivos en la Argentina. Cabe recordar que los derechos de incidencia colectiva fueron expresamente reconocidos en el art. 14 CCyC.

16) El orden Público. El art. 65 de ley 24.240 establece que toda su normativa es de orden público. Es decir, no puede ser dejada de lado por la voluntad convencional de las partes, ni por la hipotética colisión con otras normas del ordenamiento. El art. 65 LDC es una regla imprescindible para definir la ley aplicable y torcer la puja en favor de la ley de defensa del consumidor (29).

Referencias Bibliográficas

(1) Díez Picazo, Luis, Contratos de consumo y derechos de contratos, en Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2006, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10001100028 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Contratos de consumo y derecho de contratos, Captura, 20/12/16.

(2) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 317.

(3) Art. 1. LDC. Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o

servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

(4) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

(5) Art. 3 LDC. Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N.° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

(6) Art. 1094 CCyC. Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

(7) Art. 1061. Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

(8) Art. 2 LDC. Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de

denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.

(9) Art. 13. LDC. Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11.

(10) ...el derecho civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó, al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que no han celebrado contrato alguno con el consumidor... (Lorenzetti, Consumidores..., p 61).

(11) Art. 8 LDC. Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

(12) Art. 1103 CCyC. Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

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

(14) Art. 11. LDC. Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando

afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

(15) Art. 18. LDC. Vicios Redhibitorios. La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil; b) El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor.

(16) La norma debió modificarse porque las excepciones en la actualidad están dispuestas en el art. 1053 CCyC y no en los arts. 217a y 2176 como indica el art. 18 LDC. Este error material deberá ser subsanado reformas posteriores.

(17) Art. 34 LDC. Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

(18) Art. 40 LDC. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin

perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

(19) Farina, Juan, *Defensa del consumidor...*, p 453.

(20) Art. 40 Bis LDC: Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

(21) Shina, Fernando, *Daños al consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 197 y siguientes.

(22) Art. 52 bis. Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el

máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

(23) Art. 1.069. Cód. Civl. El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras "pérdidas e intereses". Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable. (Párrafo incorporado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

(24) Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968).

(25) "Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño, reponiéndole exactamente lo que perdió a causa de él. Pero si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un pragmatismo economicista antagónico con la ética". (Shina, Fernando, Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 161).

(26) Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una reparación que se concede al demandado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene -indirectamente - sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas

hipotéticas antes que castigar daños concretos. (Shina, Fernando, Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos, Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009, pg. 45).

(27) Art. 377. CPCCN. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

(28) Art. 53 párrafo tercero LDC. Normas del Proceso. "...Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio...

(29) Art. 1735. Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

(30) Art. 65 LDC. La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

Algunos apuntes sobre el sistema de responsabilidad en el Código Civil y Comercial

Los principios absolutos y la racionalidad de los sistemas normativos. Caso Paradine v. Jane. Reino Unido, 1647

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC250B

[Consultado el: 05/10/2021]

i) Presentación.

Grant Gilmore (1910-1982) fue un notable jurista norteamericano que enseñó en prestigiosas universidades como Yale y Chicago. Su mayor brillo académico fue durante la década del 70 cuando escribió *The Death of Contract* (La muerte del Contrato, 1974) (1) que seguramente fue su publicación más difundida.

The Death... es una extensa revista de casos judiciales, mayormente de su país y del Reino Unido. La tesis central de su trabajo parece consistir en demostrar que los jueces, en mayor medida que las leyes, son quienes ensanchan o achican los márgenes de los contratos mediante la interpretación contextual que de ellos hacen.

Algún lector podría decir que esta teoría resulta congruente con el sistema jurisprudencial norteamericano (Common Law) e incompatible con el nuestro. Sin embargo, nosotros pensamos que los dos ordenamientos jurídicos son menos diferentes de lo que a priori se puede imaginar. De hecho, ambos están regidos por los mismos principios sustantivos de raíz romana.

Empero, también pensamos que la gran diferencia se da entre los magistrados de uno y otro sistema. Nos parece que el juez sajón tiene con el asunto que trata mayor cercanía que nuestros jueces. También pensamos que los magistrados argentinos –en general y asumiendo los errores y las injusticias implícitas en las generalidades - prefieren permanecer tan lejos del expediente como se lo permite la ley de rito. Una ley procesal que dicho sea de paso tiene anclaje ideológico en el siglo XIX.

La mayor importancia de las enseñanzas de Grant Gilmore radica en haber anticipado el final de una época. Gilmore, y otros importantes juristas de su generación constituyen un punto de inflexión entre las teorías subjetivistas del contrato, apegadas en forma casi religiosa a interpretar la intención de las partes y las teorías más objetivas que tienden a analizar los contextos contractuales.

En sintonía con juristas de la talla de Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Cardozo y John Roger Traynor, Gilmore sostiene que los hechos, los contextos contractuales y las conductas de las partes son más relevantes que las palabras encerradas en largos y confusos acuerdos de voluntades que muy pocas veces son representativos de alguna voluntad.

Esta vanguardia doctrinaria marca el comienzo de una época en la que retrocede el valor de la voluntad individual y toma más relieve las interpretaciones contextuales. No está demás decir que en esa misma época tuvo lugar en nuestro país la primera gran reforma del Código Civil concretada en la Ley 17.711. También en el Río de la Plata se modificaban los paradigmas clásicos de la teoría contractual. Las coincidencias entre ambos sistemas son también cronológicas.

ii) Los recorridos circulares de la historia.

Resulta notable ver cómo la historia repite un recorrido circular que nos lleva y nos trae desde y hacia el mismo lugar, pero

haciendo que pensemos que el trayecto que repetimos una y otra vez es completamente distinto al anterior.

En algún sentido, este breve artículo muestra otra vuelta en redondo de la historia para recordarnos que somos el porvenir de nuestras memorias y que el amor es una evocación de la infancia antes que un proyecto de la vida adulta. Pero eso es harina de otro costal. Volvamos, mejor, a Grant Gilmore.

A casi medio siglo de la aparición de *The Death of Contract* el Código Civil y Comercial vuelve a repotenciar, con gran pompa y como si fuera una inauguración sin precedentes, la labor del magistrado y a poner la lupa en la interpretación contextual de los contratos. (2)

Ciertamente, el nuevo código invita - y en algunos casos lo hace con la insistencia de una manda legal - a los jueces a intervenir más activamente en el ámbito de la contratación privada superando las restricciones impuestas por el principio de no intervención previsto en los arts. 959 y 960, primera parte, del CCyC.

Un ejemplo de esta mayor injerencia judicial está dado en el art. 989 y también en el art. 1122 CCyC. Ambas normas permiten al juez integrar los contratos viciados con estipulaciones abusivas. (3)

En el siguiente tópico vamos a ocuparnos de examinar muy brevemente estos dos textos legales.

iii) La mayor intervención jurisdiccional.

El art. 960 segunda parte del CCyC (que todavía tiene mucho para decir en los tribunales de todo el país) permite que los jueces intervengan -de oficio- los contratos cuando ellos pongan en peligro el orden público.

Vale la pena transcribir esta norma así abogados y magistrados se acostumbran a su existencia en nuestro derecho positivo vigente:

Art. 960 Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

A su turno, el art. 1065 CCyC alude a las fuentes que deben utilizarse para lograr una mejor interpretación de los acuerdos. Veamos también esta norma:

Art. 1065. Fuentes de interpretación. Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; c) la naturaleza y finalidad del contrato.

No es difícil interpretar estos textos legales. Ellos contienen unos pocos postulados que conviene recordar: (i) los contratos no pueden avasallar el orden público; (ii) los jueces de oficio deben controlar las fronteras de ese orden público; (iii) los contratos deben examinarse contextualmente, poniendo mayor atención a la conducta de las partes posterior a la celebración y, sobre todo, a la finalidad del contrato.

En pocas palabras: lo menos importante del negocio jurídico de la actualidad es el acto formal en el que se formaliza. Es más importante examinar las tratativas del acuerdo, las conductas posteriores y, en particular, la finalidad misma del contrato.

Veamos un ejemplo. De nada sirve entender la letra de un contrato que está lleno de cláusulas abusivas que desnaturalizan su finalidad. El entendimiento de los contratantes no justifica la validez

de un acuerdo injusto. Y tampoco puede tolerarse que la autonomía de la voluntad siga siendo la causa principal del abuso de derecho, ni que la libertad contractual sea siempre un mal pretexto para que uno de los contratantes renuncie libremente a derechos cuya renuncia no debe permitirse.

Un contrato de seguros en el que el asegurador trata, por todos los medios posibles (estipulaciones absurdamente abusivas), de eximirse de sus obligaciones violenta la finalidad de ese acuerdo por más que las partes lo entiendan o digan que lo entiendan. Hay cientos de ejemplos de este tipo y cada lector recreará el que resulte más útil a su interés profesional.

Las dos normas del Código Civil y Comercial que recién anotamos marcan un claro límite a la autonomía de la voluntad de los contratantes y una fuerte indicación a los magistrados para que intervengan más activamente sobre los contratos injustos.

No es un asunto demasiado complejo determinar cuando un contrato es abusivo; un juez que no sepa diferenciar entre un contrato justo de uno codicioso, resulta poco útil para servir a una sociedad tan sedienta de justicia y equidad como cansada de asepsias burocráticas.

iv) Los términos absolutos.

Grant Gilmore, que ya a estas alturas se ha convertido en el invitado especial de este artículo, sostenía que la noción de responsabilidad absoluta no era posible en los ordenamientos legales que conocemos en occidente.

Siempre debe haber una causa que le quite exigibilidad a la regla *pacta sunt servanda* y una eximente que libere de responsabilidad al sujeto. Los términos absolutos y las ciencias sociales no hacen buenas migas.

En *The Death of contract* Gilmore trae como ejemplo un viejo caso del Reino Unido del siglo XVII (*Paradine v Jane*, 1647 [5]) donde la regla absoluta era la obligatoriedad del contrato. El autor se vale de este famoso pleito para sostener que los sistemas legales equitativos deben prescindir de los términos absolutos que le restan racionalidad. (5)

Recordemos que en *Paradine v. Jane* se obligó a un locatario a pagar el alquiler de una tierra que resultó ser invadida por un ejército enemigo de la Corona. El juzgado que intervino en aquella oportunidad (1647) hizo lugar a la ejecución de los alquileres promovida por el dueño de la tierra. El fallo, además de aclarar que la destrucción del campo fue causada por una tropa enemiga y no por el accionar del ejército nacional, determinó que la intervención militar no eximía al inquilino del pago del alquiler porque las partes se habían obligado (libremente) a los términos del contrato. (6)

Si analizamos los hechos del caso *Paradine* a la luz de los principios vigentes, encontraremos la existencia de un hecho fortuito que hizo imposible el cumplimiento del contrato. En nuestros días, por más que el acuerdo haya sido celebrado libremente, no podría ser resuelto como lo fue en el Reino Unido en el año 1647. (7) Los sistemas normativos modernos son más racionales y rechazan los criterios absolutos. Si un contrato se torna de imposible cumplimiento por la existencia de un hecho fortuito, en principio, no genera responsabilidad para las partes (art. 1730 CCyC).

v) La Equidad y los términos absolutos.

A más de trescientos años de *Paradine v. Jane* contamos con una certeza: la libertad contractual, la exigibilidad de los contratos y la responsabilidad de las partes deben estar subordinadas a una regla sustantiva de mayor jerarquía: la Equidad.

La verdadera evolución de los sistemas legales consiste en no quedar atrapados en la ergástula opresiva de las lógicas extremas; es preciso pensar alternativas en las cuales la autonomía de la voluntad y

la obligatoriedad de los contratos se ajusten detrás de la idea de bien común y justicia.

En definitiva, se trata de buscar fórmulas jurídicas compatibles que permitan la convivencia de dos reglas esenciales para el Derecho; a saber: la seguridad jurídica y la equidad.

Alasdair MacIntyre (1929, Glasgow, Universidad de Oxford, Historia de la filosofía), al examinar el pensamiento de Rousseau, nos deja una reflexión muy útil para explicar cómo el individualismo extremo debe ceder ante el interés general: La civilización produce continuamente nuevos deseos y necesidades, y estas nuevas metas son sobre todo adquisitivas ya que se relacionan con la propiedad y el poder. Los hombres se vuelven egoístas a través de la multiplicación de los intereses privados en una sociedad adquisitiva. La tarea del reformador social, por tanto, consiste en establecer instituciones en que la primitiva preocupación por las necesidades de los demás sea restablecida en la forma de una preocupación por el bien común. (8)

En próximas entregas, que desde ya nos comprometemos a presentar, iremos viendo como el hecho de incrementar la responsabilidad objetiva de los proveedores de bienes y servicios es una forma de procurar bienestar general a toda la sociedad de consumo.

vi) La intervención del Estado en los tiempos de la comercialización masiva.

El sistema normativo no puede detener la marcha tecnológica ni disminuir el ritmo de comercialización masiva porque ello sería sumamente perjudicial para estimular las inversiones y la creación de empleo. Sin embargo, sí puede dictar leyes que refuercen las protecciones a los sujetos más indefensos.

El Estado no puede intervenir el deseo del consumidor, pero sí puede determinar qué reglas de responsabilidad va a aplicar para ajustar las conductas de los proveedores. Esto supone estimular a los

inversores y simultáneamente proteger a los consumidores. Sabemos que no es tarea sencilla, pero es una dialéctica imprescindible para que el país se desarrolle más rápido.

Veamos, entonces, el delicado sistema de equilibrios que debe existir entre las leyes de la comercialización masiva y las protecciones legales.

Está a la vista, y el punto no requiere un tratamiento especial, que las autoridades de contralor administrativas toleran las publicidades y las campañas publicitarias agresivas y, en igual medida, permiten y hasta estimulan los créditos que inducen al consumo. Esa tolerancia hace posible que las grandes corporaciones capten clientes en forma masiva. La contracara de esa actitud permisiva del Estado es el agravamiento de la responsabilidad de los proveedores de bienes y servicios, haciendo que también respondan por las expectativas que han creado al promocionar sus productos.

Veamos esta cuestión detenidamente porque es más importante de lo que parece. Asignar responsabilidad por el quiebre de expectativas significa que la confianza que consumidor tiene sobre el producto es un bien jurídico tutelado. En este escenario, el proveedor va a responder por las expectativas que ha generado su producto y por la confianza que el consumidor ha depositado en ese bien o servicio.

Esto significa que el Estado actúa en dos direcciones que, en principio, parecen opuestas. Por un lado, asume una actitud permisiva, favoreciendo el desarrollo del consumo y el estímulo de las publicidades. Empero, por el otro va a intervenir más severamente aumentando las protecciones de los consumidores y las responsabilidades de los proveedores.

La reparación de los daños, bajo este nuevo esquema, no requiere de un examen profundo de la conducta del agente dañador. De la misma manera que es más fácil para los proveedores inducir a

millones de personas a consumir sus productos, el ordenamiento jurídico dispuso un sistema de responsabilidad objetiva en el cual es más difícil eximirse de responsabilidad.

Mucho antes que nosotros, Lorenzetti y Lima Marques habían advertido esta cuestión: Una de las vías para abrir paso a esta imputación ha sido la responsabilidad civil, ya que quien actúa sobre la base de la apariencia sufre un perjuicio, y el mismo es causado por una culpa de quien dio lugar a la creencia. A posteriori hubo una evolución en el sentido de prescindir de la prueba de la negligencia, objetivando la imputación. El comportamiento del titular del derecho deja de ser un elemento esencial y pasa a serlo la creencia de quien ha confiado en el examen de los hechos. La imputación basada en la apariencia jurídica está en la base de la responsabilidad de las cadenas de oferentes en el Derecho del consumo (art. 40, ley 24.240). (9)

La reflexión, ciertamente lúcida, alcanza para explicar un nuevo sistema en el cual los bienes se adquieren porque parecen más seguros y más económicos, pero se agrava la responsabilidad de los proveedores por inducir esa creencia.

vii) La responsabilidad como desplazamiento patrimonial.

La responsabilidad como categoría conceptual consiste en un desplazamiento, de un patrimonio hacia otro, de las consecuencias disvaliosas de un suceso dañoso. Si no existiera la obligación legal de indemnizar, el daño patrimonial sufrido por la víctima sería absorbido íntegramente por ella misma con su propio patrimonio.

Entonces, la primera característica de la teoría general de la responsabilidad es que produce un desplazamiento entre dos patrimonios: el de la víctima y el del agente dañador.

A partir de esa descripción se abren nuevos interrogantes. ¿En qué casos y bajo qué condiciones se pondrá en marcha el desplazamiento patrimonial? ¿La existencia de un daño activa ese

mecanismo automáticamente? ¿Hay excepciones atendibles para evitar o limitar el desplazamiento patrimonial? ¿Cuáles son esas excepciones? ¿Es posible concebir una teoría general de la responsabilidad que prescinda por completo de analizar la conducta del agente? Todos estos dilemas están estrechamente relacionados con la mayor o menor intervención que el Estado tenga en el Derecho privado.

Durante el apogeo del sistema velezano (1871 - 1968) los mecanismos de reparación sólo se ponían en marcha cuando aparecía un sujeto culpable al cual endilgarle responsabilidad; sin un sujeto culpable (por culpa o dolo) no había ni responsabilidad ni obligación de reparar. A eso se refería el art. 1109 del CC de Vélez Sarsfield. (10)

El sistema de responsabilidad subjetiva establece que la obligación de reparar está subordinada a la existencia de una conducta culpable. Por su parte, la noción de culpa surgía del art. 512 del viejo Código Civil (11) que actualmente es seguida por el art. 1724 del actual Código. (12)

Como puede advertirse, la teoría de la responsabilidad clásica permite la formación de dos universos. Por un lado, el compuesto por las víctimas de un daño y por el otro el de los agentes dañadores. El problema es que no todas las víctimas del primer grupo encuentran en el segundo a un sujeto culpable para exigirle la indemnización. Esto quiere decir que muchas veces habrá daños, pero muchas veces no ocurrirá el desplazamiento patrimonial que hemos descripto antes.

Todo ello nos permite adelantar dos conclusiones tan complementarias como indefectibles. Primero: para que haya más víctimas indemnizadas debe haber más agentes responsables. Segundo: para que lo anterior ocurra, es preciso incrementar los niveles de responsabilidad objetiva. Último: es necesario y más justo objetivar, aún más, el sistema de atribución de responsabilidad.

En las próximas entregas vamos a tratar de explicar por qué pensamos que el derecho positivo vigente marcha en esa dirección. Creemos que estamos, finalmente, entrando en un sistema de ultrarresponsabilidad sin llegar a la responsabilidad absoluta.

viii) El daño anónimo y la impunidad para dañar.

La objetivación de los sistemas modernos de responsabilidad obedece - en parte - a que el daño se ha vuelto más anónimo; en nuestros días es prácticamente imposible determinar la existencia de un 'agente dañador responsable'.

Los negocios de consumo masivo se concretan mediante la actividad empresarial conexada de muchos proveedores. No hay ningún servicio masivo que sea suministrado por un solo proveedor.

Además de esta circunstancia, que hace a los sistemas modernos de comercialización, los daños son más anónimos porque no están directamente vinculados con hechos del hombre como sí lo están con el uso de las cosas, y con los riesgos asociados a ese uso. En otras palabras: las cosas de la modernidad son más complejas y más riesgosas.

El daño anónimo, propio del desarrollo industrial moderno, ocasiona un aumento desproporcionado de víctimas que deben soportar todas las pérdidas económicas del daño. Este es uno de los grandes problemas derivados de subordinar la reparación del daño a la conducta culpable del sujeto.

La respuesta que la doctrina y la jurisprudencia le dio a esta situación fue la creación de mecanismos resarcitorios independientes del reproche subjetivo de culpa. Así aparece la teoría del riesgo y la equidad como factores atributivos de responsabilidad.

Este es el punto de partida que permitió cambios profundos en la teoría general de la responsabilidad para impedir que los daños anónimos sean también daños impunes.

En las próximas entregas seguiremos avanzando en el análisis de la teoría general de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial.

Referencias Bibliográficas

- (1) Gilmore, Grant, *The death of contract*, Michigan, Ronald K. L. Collins, 1995. (Primera edición, junio de 1974).
- (2) Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el Código cree en los jueces que deben aplicarlo, pues –como dice Carlos Cossio – ‘quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas. (Kemelmajer de Carlucci, Aída en Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 11)
- (3) Art. 989. Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.
- (4) Art. 1122. Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 107.
- (5) *Paradine v. Jane*, 1647, EWHC KB J5, 82 ER 897, Captura, 29-03-2018.
- (6) No legal system has ever carried into practice a theory of absolute contractual liability. Our own systema, during the nineteenth century, may be the only one which has ever proclaimed such a theory... The source of the absolute liability idea in English law was

always confidently stated to be the seventeenth century *Paradine v Jane*. (Gilmore, Grant, *The death of contract...*, p 49).

(7) It was resolved, that the matter of the plea was insufficient; for though the whole army had been alien enemies, yet he ought to pay his rent. And this difference was taken, that where the law creates a duty or charge, and the party is disabled to perform it without any default in him, and hath no remedy over, there the law will excuse him. As in the case of waste, if a house be destroyed by tempest, or by enemies, the lessee is excused. *Dyer*, 33. a. *Inst.* 53. d. 283. a. 12 H. 4. 6. so of an escape. *Co.* 4. 84. b. 33 H. 6. 1. So in 9 E. 3. 16. a supersedeas was awarded to the justices, that they should not proceed in a cessavit upon a cesser during the war, but when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract. And therefore if the lessee covenant to repair a house, though it be burnt by lightning, or thrown down by enemies, yet he ought to repair it. *Dyer* 33. a. 40 E. 3. 6. h. Now the rent is a duty created by the parties upon the reservation, and had there been a covenant to pay it, there had been no question but the lessee must have made it good, notwithstanding the interruption by enemies, for the law would not protect him beyond his own agreement, no more than in the case of reparations; this reservation then being a covenant in law, and whereupon an action of covenant hath been maintained (as Roll said) it is all one as if there had been an actual covenant. Another reason was added, that as the lessee is to have the advantage of casual profits, so he must run the hazard of casual losses, and not lay the whole burthen of them upon his lessor; and *Dyer* 56. 6. was cited for this purpose, that though the land be surrounded, or gained by the sea, or made barren by wildfire, yet the lessor shall have his whole rent: and judgment was given for the plaintiff. (1647) *EWHC KB J5*, *Captura*: 8/01/2017).

(8) In debt the plaintiff declares upon a lease for years rendering rent at the four usual -feasts; and for rent behind for three years, ending at the Feast of the Annunciation, 21 Car. brings his action; the defendant pleads, that a certain German prince, by name Prince

Rupert, an alien born, enemy to the King and kingdom, had invaded the realm with an hostile army of men; and with the same force did enter upon the defendant's possession, and him expelled, and held out of possession from the 19 of July 18 Car. till the Feast of the Annunciation, 21 Car. whereby he could not take the profits; whereupon the plaintiff demurred, and the plea was resolved insufficient. 1. Because the defendant hath not answered to one quarters rent. 2. He hath not averred that the army were all aliens, which shall not be intended, and then he hath his remedy against them; and Bacon cited 33 H. 6. 1. e. where the gaoler in bar of an escape pleaded, that alien enemies broke the prison, etc. and exception taken to it, for that he ought to shew of what country they were, viz. Scots, &c. (1647, EWHC KB J5, Captura: 8/01/2017).

(9) MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, Roberto Juan Walton (Trad.), Barcelona, Paidós, 2015, p. 204.

(10) Lorenzetti, L - Lima Marques, *Contratos de servicios a los consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 53

(11) Art. 1109 CC. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil. Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.

(12) Art. 512 CC. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

(13) Art. 1724 CCyC. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF180093

[Consultado el: 05/10/2021]

A. Aspectos generales.

i) **Presentación.** Es necesario dedicarle un tratamiento especial al desarrollo tecnológico y su vinculación con la responsabilidad. Estamos seguros de que su importancia irá aumentando hacia el futuro porque los daños estarán cada vez más asociados al uso de tecnologías intrincadas que apenas se conocen.

Para abordar correctamente estos temas, lo primero que debemos saber es que las publicidades omiten decirnos que los productos ingresan al mercado antes de que se sepa con certeza si tienen efectos colaterales futuros y nocivos.

En la industria farmacológica, por ejemplo, es bastante frecuente que los remedios deban ser retirados del mercado al poco tiempo de su aparición porque se descubre que no son aptos para el consumo humano (2).

ii) **Las fallas de la ciencia.** El núcleo de este tópico es analizar qué pasa cuando un producto es presentado en el mercado como inocuo y luego se descubre que no lo era. Se trata de examinar situaciones que muestran cómo un desarrollo científico posterior permite saber que es dañino un producto que se ignoraba que lo era.

En otro trabajo decíamos que, Quien desarrolla un producto debe actualizarlo de manera permanente; no es infrecuente que, al poco tiempo de lanzado al mercado, ese mismo producto o servicio sea superado, o al menos mejorado por la aparición de nuevas técnicas. En ese marco, quien desarrolla un producto o servicio de alta tecnología puede - razonablemente - alegar que al momento de ponerlo en circulación dispuso de toda la tecnología vigente en ese momento, pero que un año después esa misma tecnología ya era añeja. Los autores definen al riesgo de desarrollo como las consecuencias dañosas de un producto ignoradas al momento de su fabricación. Por nuestra parte, incluimos en esta categoría a aquellas consecuencias desfavorables de las que, aun pudiendo ser previstas, se desconoce la manera técnica de resolverlas. El dilema que se plantea consiste en determinar qué pasa con una falla o riesgo de un producto o servicio que, al tiempo de su lanzamiento, era desconocida o insuperable. Los riesgos de desarrollo se alojan en una zona gris, en la cual los eventuales daños pueden conjeturarse sin que, sin embargo, una solución sea posible. Frente a esta situación cabe interrogarse, si responde quien desarrolló el producto por un defecto que no tenía solución cuando empezó a comercializarlo. En caso negativo, ¿es justo que respondan los usuarios por el desarrollo imperfecto? ¿Quién debe hacerse cargo del desarrollo tecnológico? La cuestión divide aguas en la doctrina de todo el mundo (3).

En sumario, los aspectos que vamos a tratar de resolver en este capítulo pueden formularse así: ¿quién debe hacerse cargo de los riesgos asociados al desarrollo de la ciencia?

iii) Los riesgos desconocidos y la relación causal. La mayor complicación del tema no radica en la atribución de responsabilidad por el riesgo de una cosa sino atribuirla por la mera existencia de un riesgo que no era conocido y que además no podía conocerse al momento de lanzar el producto.

El riesgo desarrollo como factor atributivo de responsabilidad implica, en cierto sentido, una aparente alteración del nexo causal porque al momento de salir el producto se ignoraba que tuviera la potencialidad dañosa que luego se manifiesta. Se trata, como veremos, de una aparente alteración porque en realidad ni la ignorancia ni el conocimiento pueden alterar la causalidad adecuada de los sucesos. Empero, esta cuestión permite una formulación reversible, porque nadie puede negar que el conocimiento disminuye los efectos adversos de una causa y su ignorancia siempre los agrava. Conocer que el tabaco tiene incidencia causal determinante con el cáncer de pulmón permite realizar campañas que alerten esta situación; su ignorancia aumenta el número de personas que padecen esa enfermedad.

Analicemos un ejemplo imaginario. Supongamos que dentro de unos años se revela que el uso de los teléfonos celulares potencia el riesgo de desarrollar una enfermedad neurológica. En el presente se ignora la relación causal entre la dolencia y el uso de los teléfonos.

Si analizamos la conducta del fabricante de teléfonos celulares del ejemplo podemos decir que llegó a la conclusión razonable que el producto era inocuo. Por lo tanto, si luego ocurre la enfermedad neurológica podría afirmarse que su aparición no está causalmente asociada al uso del teléfono celular.

Las disyuntivas se vuelven más complejas a medida que se incluyen nuevos interrogantes. Veamos. ¿Se puede atribuir responsabilidad sin que haya una causa adecuada? ¿Se le puede exigir al productor que sepa lo que aún no es posible saberse? ¿La ignorancia es una eximente de responsabilidad? ¿Cuánto conocimiento le podemos exigir a un profesional?

A lo largo del capítulo, Intentaremos responder estos dilemas examinando las distintas soluciones doctrinarias y, sobre todo, las novedades incorporadas en el Código Civil y Comercial. No obstante,

adelantamos nuestra opinión: ni el conocimiento ni su ausencia altera la relación causal de los sucesos.

La ignorancia de que un hecho es causa de otro no le quita el carácter de serlo. La responsabilidad por los daños causados por el riesgo de desarrollo científico no involucra una cuestión causal, sino que solamente implica la asignación de responsabilidad a un sujeto para obligarlo a que repare los daños sufridos por otro. Es un tema de la teoría general de la responsabilidad y no de la causalidad filosófica.

iv) El riesgo y la disociación de la culpa. Antes de seguir avanzando, es conveniente hacer una reseña del desarrollo que ha tenido la noción de riesgo como factor atributivo de responsabilidad. En definitiva, la responsabilidad por el desarrollo tecnológico no deja de ser una hipótesis de riesgos atributivos de responsabilidad.

Entre los autores más clásicos, los hermanos Mazeaud tienen una visión crítica de la teoría del riesgo. Al examinar su pensamiento no debemos soslayar que para esa corriente de juristas cualquier apartamiento de la culpa (como presupuesto de la obligación resarcitoria) siempre representa un peligro para el sistema.

Esta concepción del daño y su reparación sostiene que admitir al riesgo como factor de responsabilidad se traduce en un incremento -irracional - de los reclamos de las víctimas de accidentes: Los autores preocupados por facilitar la acción de las víctimas de los accidentes, adoptaron primeramente una solución extrema: puesto que la obligatoriedad de una culpa es la que impide a los tribunales conceder reparación, negaron que la culpa fuera un requisito de la responsabilidad civil. Se es responsable, afirman, fuera de toda culpa; desde el momento en que un individuo, por su actividad -por ejemplo, el industrial por el funcionamiento de su maquinaria -, hace correr a los demás el riesgo de un daño, desde el momento en que se crea un riesgo, es responsable cuando ese riesgo se concreta. Es la teoría del riesgo (o del riesgo creado)(4).

Las reflexiones de los autores clásicos nos sirven para poner de relieve el verdadero núcleo de la teoría del riesgo: la disociación entre la culpa del agente dañador y su obligación de reparar a la víctima.

Díez-Picazo tiene una visión crítica de la responsabilidad por riesgo. Como crítica de partida se podría decir que trasladar acriticamente la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo a todo el sistema era algo que no tenía completa justificación, como no fuera la de facilitar las demandas de indemnización, porque, en efecto, una cosa es adoptar justas medidas de política social, que, al mismo tiempo que aseguran a las clases trabajadoras, permiten un normal funcionamiento de las empresas, y otra muy distinta es establecer una regla de responsabilidad aplicable a los más heteróclitos supuestos. Por lo demás, la generalización de la idea de que las cosas inanimadas causan daños tampoco tenía un fundamento correcto. Como decía Planiol, ello suponía establecer dos reglas de Derecho diferentes y contradictorias entre sí, dependiendo de la circunstancia de que, en cada caso, existiera o no el llamado "hecho de una cosa", cuando, hablando con justeza, el hecho de la cosa no existe y la llamada responsabilidad por el hecho de las cosas constituye una cabal ilusión. Es cierto que se ha podido hablar de un determinismo interno de algunas cosas como máquinas, automóviles y animales y por esta razón se ha podido distinguir entre cosas activas y cosas inertes, pero la verdad que no hay más actos que los humanos y que lo que se juzgan son siempre los actos humanos (5).

Tiene razón, en algún sentido, Díez-Picazo. Por más que se hable de daños causados con la cosa o por el uso o el riesgo de la cosa, siempre se atribuye responsabilidad a un obrar humano. El acto antijurídico es siempre humano. La teoría del riesgo no se basa en la actividad de las cosas inanimadas sino en la explotación comercial que hace el hombre.

El citado autor, tomando una reflexión de Karl Larenz (1903 - 1993) explica la teoría del riesgo: La responsabilidad no se funda en

que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo -aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño- y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma; la ley habla de "empresario fabril" y de "tenedor" de un animal o de un automóvil. Se le impone la responsabilidad por los riesgos unidos generalmente para otros por dicha explotación, por la tenencia de su animal o por la utilización de un vehículo, porque aparece socialmente justificado que cargue con el riesgo del daño, y no aquel a quien "causalmente" se le haya producido un daño de esta clase. Lo cual se funda en el pensamiento de que el que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros. Se puede decir que la persona que emprende una actividad permitida que puede crear o mantener una fuente de peligros para otra carga sobre sí por ello una responsabilidad especial y, como consecuencia, ha de responder del peligro. Así pues, en el supuesto de la responsabilidad por riesgo se trata de una imputación más intensa desde el punto de vista social respecto de una determinada esfera de riesgos, de una distribución del riesgo de daño adherido a una determinada actividad según los patrones o medidas, no de la imputabilidad y de la culpa, sino de la asignación del riesgo a aquel que lo crea o domina, aunque sólo en general (6).

La reflexión nos permite concluir que la responsabilidad, aún en su variante objetiva, está subordinada a cuestiones subjetivas porque sólo se enciende cuando se conocían o debían conocerse los riesgos implícitos en la explotación comercial.

La responsabilidad por riesgo, entonces, está supeditada a dos ideas: a) el conocimiento real o presunto, pero posible, de la existencia del riesgo; b) la obtención de un beneficio o ventaja derivado de la explotación de la cosa.

v) El riesgo desconocido y la responsabilidad absoluta. Nos parece razonable integrar la noción de riesgo con la de explotación comercial. Sin embargo, no podemos omitir la formulación de nuevos interrogantes: (a) ¿Qué ocurre con la responsabilidad del agente si el daño ocurre por un riesgo no necesariamente asociado a la explotación comercial? (b) ¿La sola noción de aprovechamiento comercial, sin el debido conocimiento del riesgo, es suficiente para atribuir responsabilidad? (c) ¿Nos estamos acercando a un sistema de responsabilidad absoluta que incluye a los daños derivados de casos fortuitos?

El límite entre conocer algo, la obligación legal de tener un conocimiento, y la posibilidad real de tenerlo son situaciones que marcan la frontera divisoria entre el hecho del hombre y el de la naturaleza. Veamos. Si al momento de lanzar el producto al mercado no solamente se desconocía su peligrosidad sino que era imposible conocerla surge un interrogante de muy difícil respuesta: ¿es posible imponer una sanción, o una obligación resarcitoria a quien ha cumplido todos los recaudos legales y humanos a su alcance? Los autores más críticos de los avances de la responsabilidad objetiva sostienen que cuando el daño es imposible de preverse nos enfrentamos a un supuesto más cercano al "casus" que al factor objetivo de responsabilidad.

Díez - Picazo reflexiona: En otras ocasiones, la línea de objetivación se produce inventando, en el mejor sentido de la palabra, a posteriori, los deberes de diligencia que sobre las personas pesaban, por más que, con anterioridad, nadie pudiera descubrirlos (7). La idea del jurista español es que, si el riesgo no pudo ser conocido, aun aplicando toda la diligencia exigible a un profesional, la responsabilidad se impone de manera absoluta y sin que haya ninguna eximente que pueda aliviarla. Por lo tanto, no se trata ya de un caso de responsabilidad objetiva sino de una responsabilidad absoluta.

Un poco más adelante veremos cómo este sistema parece estar comprendido en nuestro Código Civil y Comercial en los arts. 1733 y 1757.

B. La noción de strict liability del derecho norteamericano.

i) Presentación. La jurisprudencia norteamericana desarrolló el concepto de strict Liability que funciona como un factor objetivo de responsabilidad que realmente prescinde de la idea de culpa (without proof of negligence) (8).

A continuación vamos a ver algunos casos del derecho norteamericano que nos muestran el desarrollo de la responsabilidad objetiva hasta llegar a nuestros días.

ii) Helen Palsgraf v. The Long Island Company, 1928 (9). En Palsgraf, el inimitable juez Benjamín Cardozo (1870 - 1938) (10) se ocupó de los riesgos previsibles y de la responsabilidad que a ellos les cabe. El asunto trata de un pasajero que al intentar subir a un tren trastabilla y estuvo a punto de caer si no fuera por la asistencia que le prestaron dos guardias ferroviarios. Mientras uno de los guardias sujetaba al pasajero desde arriba del tren el otro, desde abajo de la formación, lo empujaba hacia adentro para evitar que cayera. En la maniobra de salvataje, el pasajero sin querer deja caer un pequeño paquete envuelto en papel de diario que llevaba en su mano. Los guardias, preocupados por terminar de subirlo al tren, no le prestaron atención al paquete. Nadie advirtió que el envoltorio, tapado por el papel de diario, contenía pirotecnia que al caer al piso explotó. La detonación le causó lesiones a otro pasajero que se encontraba también en la estación (11).

El pasajero lesionado demandó a la compañía ferroviaria. Cardozo, que condujo el voto de la mayoría, desestimó el reclamo. Entre otras cosas, el juez dictaminó que no existía relación causal entre el accionar de los guardias y las lesiones sufridas por la víctima;

de hecho, señala el fallo, los guardias habían actuado con absoluta diligencia, siendo imposible advertir que el envoltorio contenía explosivos y que, por tanto, era una cosa riesgosa (12).

Este es el meollo de la cuestión: resultó imposible determinar que ese paquete que contenía explosivos escondidos dentro de un diario podía ser riesgoso para el resto de los pasajeros o transeúntes. Si el riesgo no fue advertido, es imposible atribuir responsabilidad a los guardas o a la compañía ferroviaria (13).

Es importante tener en cuenta que el fallo *Palsgraf* es del año 1928, época que todavía estaba fuertemente dominada por las corrientes doctrinarias más subjetivistas en materia responsabilidad. Según el veredicto, la noción de cosa o actividad riesgosa sólo encendía tras analizar la conducta del agente. El riesgo, el daño y la obligación resarcitoria debían estar vinculados con la conducta del agente dañador y si éste ignoraba el riesgo, o ese riesgo era impredecible, no se le podía imponer la obligación de indemnizar a la víctima.

iii) *Gladys Escola v. Coca Cola*, 1944 (14).

a.- Presentación El criterio jurisprudencial que vimos en el caso *Palsgraf* tuvo una evolución definitiva a partir de la segunda mitad del siglo XX. A partir de ese momento histórico la obligación de resarcir, basada en factores objetivos, avanzó mucho más de lo que pudo imaginar Benjamin Cardozo en las primeras décadas del siglo veinte.

En ese contexto histórico, es importante advertir la irrupción de nuevas doctrinas impulsadas por notables juristas que pensaban que el daño no reparado dejaba un saldo doblemente injusto. Por un lado, una víctima lastimada en su persona y en su patrimonio y por el otro un sujeto impune y listo para causar un nuevo daño.

Entre esos juristas, destaca la labor de Roger J. Traynor (1900 - 1983), juez del tribunal superior del Estado de California y Presidente de ese tribunal en una carrera judicial brillante que duró 30 años (15). Este magistrado aportó votos emblemáticos en fallos de suma trascendencia en materia de responsabilidad objetiva. Sin dudas Traynor debió integrar la Suprema Corte Nacional de su país; pero desgraciadamente y como ocurre en todas las geografías, el brillo de la inteligencia choca con las opacidades de la política y Estados Unidos desperdició a uno de los mejores juristas del siglo XX.

Analicemos ahora los criterios empleados para resolver *Escola v Coca Cola*, recordando que el veredicto se destaca por el voto propio (de minoría) del Juez Traynor.

Los hechos del caso *Escola* cuentan la historia de una camarera (Gladys Escola) que, lógicamente, pasaba gran parte de su jornada laboral llevando y trayendo botellas de gaseosas a las mesas de los clientes. Un día, una botella de Coca-Cola estalló en la mano de Gladys y le causó lesiones de cierta gravedad.

La víctima demandó a la compañía por defecto o vicio en la fabricación del envase (16).

b.- El voto propio del Juez Traynor. El fallo resultó favorable a Gladys Escola. Empero, lo más importante fueron los argumentos propios del Juez Traynor que en esa ocasión votó, como tantas veces lo hacía, en minoría, como si quisiera ejemplificar lo bien que le hace a un cuerpo colegiado tener disensos internos y lo poco que lucen las complacencias basadas en conveniencias burocráticas.

Entre otras cosas, el Magistrado estableció que la negligencia de la compañía ni siquiera debía ser examinada para determinar su condena, siendo suficiente declarar la responsabilidad objetiva de la compañía. Todo producto puesto en el mercado y que ocasiona un daño, dice Traynor, hace responsable al productor salvo que éste acredite que la víctima hizo un mal uso del producto (17).

El juez, lejos de conformarse con resolver el asunto concreto, abrió el tema de la responsabilidad objetiva hasta límites insospechados para esa época. El nudo de su argumento consiste en explicar que, más allá de la evidente negligencia de la compañía, ella es responsable por más que no se le pueda reprochar algún comportamiento negligente.

Para el Juez Traynor, la responsabilidad objetiva es una cuestión de orden público e interés social. Para nosotros también.

c.- La responsabilidad objetiva es una Cuestión de Estado. Traynor tenía un pensamiento radical: sostenía que indemnizar a las víctimas de los daños no es una cuestión jurídica sino de políticas públicas. Para Traynor, el Estado debe asegurar que todo daño sea reparado (18).

El razonamiento del juez es sólido. El sostiene que los daños nunca son anticipados ni previsionados por los usuarios; en cambio, esos costos pueden ser pronosticados por el productor con relativa exactitud.

Un fabricante puede calcular estadísticamente el daño que va a ocasionar el producto una vez en el mercado y también puede incluir ese costo en el precio final del producto que será pagado - fraccionadamente - por cada adquirente.

El productor puede distribuir los daños eventuales entre sus clientes sin afectar la rentabilidad de su negocio. Por el contrario, las víctimas de un accidente no pueden hacer ese cálculo ni tampoco distribuir las pérdidas económicas resultantes del daño. Cuando sufre un daño, el sujeto asume todas sus consecuencias patrimoniales y morales (19).

Traynor entiende que la intervención del Estado es esencial para que no circulen en el mercado productos riesgosos. Si ellos están en el mercado y ocasionan un daño, es una cuestión de Estado que los

fabricantes respondan pagando las indemnizaciones correspondientes. La reparación del daño es una obligación social que va más allá de probar la negligencia del fabricante del producto.

Esta clase de pensamiento, y la categoría doctrinaria de quienes lo sostenían, marcaron el sendero de la responsabilidad objetiva que hoy conocemos.

C. Los desafíos del progreso científico.

i) Presentación.

El progreso científico tiene dos virtudes simultáneas que aparentan ser contradictorias pero que son complementarias.

La primera ventaja del conocimiento es que nos regala un saber que antes no teníamos. La segunda nos alerta acerca de la incompletitud del saber humano. Todo cuanto sabemos es provisorio y depende de cuan pronto llegemos a conocer las infinitas cosas que aún ignoramos. Es muy probable que un descubrimiento próximo derogue las verdades del anterior; así, la idea de una evolución permanente del conocimiento hace que tengamos una sola certeza: dentro de poco vamos a conocer nuevas verdades que hoy permanecen ocultas.

Esta convicción incluye, desde luego, la eventualidad de que un producto que se suponía inocuo se descubra que no lo era. Como señala Lidia Garrido Cordobera: Vemos, en cambio, que puede conceptualizarse el riesgo desarrollo, de un modo más técnico, como aquellas consecuencias dañosas de un producto que, siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, se autoriza para el consumo y comercialización, y son luego, con el avance de la ciencia y las técnicas, consecuencias directas de la utilización de dicho producto (20).

El Derecho es constantemente desafiado por la aparición de nuevos conocimientos. Es preciso evitar caer en el anacronismo normativo y buscar, ante cada desafío, soluciones idóneas para los tiempos que corren. Pocas cosas afectan más severamente a un sistema normativo que su extemporaneidad.

El poder judicial en su conjunto, aún en mayor medida que los operadores privados del derecho, debe asegurar y exigir la capacitación permanente de sus funcionarios. La falta de aprendizaje de nuestros magistrados es uno de los grandes déficits del deficitario sistema de justicia argentino.

ii) ¿La imposibilidad de adquirir un conocimiento es una eximente de responsabilidad?

Uno de los dilemas que encierra la noción de riesgo desarrollo consiste en determinar si la falta de conocimiento que se tenía al momento de lanzarse el producto implica una ruptura causal con el daño ocurrido o una eximente de responsabilidad del agente dañador. Ya hemos anticipado nuestra opinión acerca de que la ignorancia no altera la relación causal que une un hecho a su antecedente; por más que no se sepa que un hecho es causa de otro la ignorancia provisoria no borra ese vínculo causal. El punto central es, a nuestro modo de ver, determinar si esa ignorancia puede constituir una eximente de responsabilidad.

A nuestro modo de ver para ingresar correctamente al tratamiento de estos temas será necesario despejar tres cuestiones de suma importancia. Veamos. (a) En primer lugar, habrá que resolver si el agente puede escudarse en esa falta de conocimiento para repeler una acción indemnizatoria. (b) En segundo lugar, debemos señalar que la existencia de eximentes de responsabilidad no necesariamente implica que la víctima del daño no deba o no pueda ser indemnizada. (c) En tercer lugar, la posibilidad de que existan excusas eximentes para el agente, y la necesidad de que haya una reparación integral para

la víctima abre otro interrogante: ¿quién debe pagar los daños efectivamente sufridos por la víctima?

Volveremos sobre este tema unos párrafos más adelante al tratar los fondos de garantía. Sin embargo, a modo de anticipo, señalamos que es posible que el agente del año alivie su responsabilidad y que la víctima obtenga una reparación plena del daño.

iii) La responsabilidad sin antijuridicidad. Otro tema importante que gira en torno de la responsabilidad por el riesgo del desarrollo es la antijuridicidad.

Esta nueva hipótesis de responsabilidad nos lleva a un estadio donde habrá una obligación resarcitoria sin que haya sido previamente violada alguna norma jurídica. Es decir: la responsabilidad por el riesgo de desarrollo supone la probabilidad de que haya responsabilidad sin antijuridicidad.

Esta cuestión de la antijuridicidad y la responsabilidad, a pesar de presentarse como una aporía no lo es; ni siquiera representa una grave dificultad porque en la moderna teoría general de la responsabilidad, la causa de la obligación resarcitoria está dada por la existencia del daño antes que por la existencia de una conducta contraria a una norma más o menos típica.

El jurista Luis R.J. Saenz, aporta una reflexión útil para este tema: Siguiendo las tendencias antes aludidas, el Código Civil y Comercial consagra una antijuridicidad objetiva y material. En efecto, el art. 1717 establece que es ilícita cualquier acción u omisión que ocasione un daño, con lo que para que configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro (21).

Quien puso el producto en el mercado tomando todas las diligencias debidas no incurre en ninguna infracción ni violenta ninguna ley y, hasta podría decirse, actúa de buena fe. Sin embargo,

por imperio de un principio de mayor jerarquía (*Alterum non ladere*) se le impone una obligación resarcitoria por la sola existencia del daño.

Esta solución, como bien señala Sáenz, es compatible con el actual art. 1717 CCyC que dispone: Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. La antijuridicidad está dada por el daño y no por la violación de un texto normativo.

Y Acierta nuevamente Sáenz cuando afirma que: Así las cosas, ya no existe ninguna duda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley describa, en cada caso, con detalle, la conducta prohibida (22).

En el daño relacionado con el riesgo del desarrollo no existe una violación normativa y tampoco hay conciencia de la posibilidad de daño. No obstante, esa circunstancia no impide sostener que la víctima del daño debe ser plenamente resarcida. Empero, no podemos soslayar que buena parte de la doctrina nacional no comparte este criterio y tiende a restringir el ámbito de responsabilidad a los mismos criterios que fueron útiles hace unos doscientos años (23).

En sumario, nosotros sostenemos que la idea tutelar y reparadora prevalece sobre la exigencia de antijuridicidad, propia de la teoría de la responsabilidad clásica.

iv) Los fondos de garantía.

La demanda social de confort no pocas veces hace que los productos ingresen al mercado más rápido de lo debido. El Estado, en última instancia, permite que esos productos se ofrezcan tolerando los riesgos de una eventualidad dañosa ignorada al momento del lanzamiento. Volvemos a coincidir con Garrido Cordobera: Es una realidad que no podemos asistir al espectáculo diario de ver que la reparación no cumpla con su fin y que queden daños sin ser reparados

y es por eso que bregamos por la instalación de los sistemas de fuente colectiva de reparación. Hoy la certeza de que la víctima será reparada viene también de la mano de institutos tales como el seguro y los fondos de garantía.

Una vez aceptada la idea de que los daños deben ser reparados más allá de la culpa del agente, todavía nos queda por resolver una cuestión muy importante: ¿quién debe hacerse cargo de pagar los daños derivados del desarrollo tecnológico?

Nosotros pensamos que esos daños deben ser pagados por el Estado a través de un fondo de garantía especialmente creado con esa finalidad resarcitoria.

La reparación de los daños y el resarcimiento integral de las víctimas es una noción integrada al orden público y al bien común. Por lo tanto: ningún daño injusto, en los términos del art. 1717 CCyC, debe quedar sin reparación.

El fondo de garantía, que debería ser administrado por un organismo del Estado nacional, podría integrarse con distintos aportes. Por ejemplo, un porcentaje de lo que anualmente se recaude en concepto de daños punitivos, o una parte de lo que las oficinas de defensa del consumidor colecten anualmente en concepto de multas aplicadas en los procesos que llevan adelante.

Si se agudiza el ingenio en la búsqueda de soluciones creativas, no debería ser tan dificultoso crear un fondo cuya finalidad sea resarcir este tipo particular de daños. Es importante que todos los daños que ocurren tengan una reparación. Como dijimos antes, el daño no reparado deja a la víctima sin resarcimiento y al agente dañador impune y preparado para cometer, gratuitamente, el próximo daño.

D. Los riesgos del desarrollo tecnológico en el ordenamiento jurídico nacional.

i) Presentación de las distintas normas involucradas. Trataremos de despejar si en nuestro ordenamiento normativo es posible la reparación de los daños derivados de los riesgos del desarrollo.

El daño por el riesgo de desarrollo, como factor atributivo de responsabilidad, implica la creación de una obligación resarcitoria sin que se verifique una conducta antijurídica.

Se trata, hay que admitirlo, de hacer resarcibles las consecuencias mediatas no previsibles de un hecho. Esto ocasiona una primera contradicción con el art. 1726 CCyC que excluye la reparación de esa clase de consecuencias denominadas consecuencias casuales en el art. 1727 CCyC.

El empresario que siguiendo todas las pautas legales ingresa al mercado un producto al mercado no hace otra cosa que ejercer de manera regular su derecho constitucional al libre comercio. Aun admitiendo que existen casos en los que es posible la reparación de un daño sin que se registre una antijuridicidad formal, no debemos olvidar que el art. 1718 CCyC excusa a los daños causados en el ejercicio de un derecho regular (24).

No obstante, la excusa dispuesta en el inciso 1 del art. 1718 puede ser contrarrestada por el art. 1757 CCyC que extiende la responsabilidad por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas. Más adelante haremos un desarrollo más extenso de esta norma, pero anticipamos que ella postula que: ...No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. En sumario, esta última norma prescribe que el ejercicio regular de un derecho no es excusa suficiente para excusar la reparación de los daños ocasionados.

Estas contradicciones en los textos legales nos permiten anticipar que se avecinan diversos conflictos normativo entre las eximentes dispuestas en el art. 1718 CCyC y las agravantes de responsabilidad ordenadas en el art. 1757 CCyC.

Nosotros pensamos que esa puja debe resolverse en favor de aplicar la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1757. Empero, todas estas cuestiones tendrán que transitar un largo camino en los tribunales antes de que podamos hablar de una doctrina consolidada.

ii) Los riesgos desconocidos y la responsabilidad por el caso fortuito. Otro de los obstáculos que presenta la idea de reparar los daños derivados del desarrollo es ellos no pueden ser calificados como consecuencias inmediatas, ni mediatas previsibles.

Esto significa que por tratarse de consecuencias mediatas no previsibles, deben ser asumidas eventualidades casuales y, en principio, están excluidas del régimen de responsabilidad previsto en el art. 1726 CCyC (25).

No obstante, esta limitación también puede superarse por aplicación del art. 1733 CCyC que admite algunas hipótesis en las que el deudor debe responder, aún en los casos de fuerza mayor (26).

Los riesgos por el desarrollo constituyen una de las hipótesis excepcionales previstas en el art. 1733 CCyC. Se trata de contingencias relacionadas con una actividad determinada que deben ser asumidas por los empresarios. Por más que el daño se deba a un riesgo que no se conocía al momento de lanzarse el producto, circunstancia que lo asemeja al caso fortuito, la reparación es exigible según lo dispone en la citada norma.

Pensamos que el texto legal alude al riesgo desarrollo y que el legislador quiso imponer al deudor la carga de los riesgos relacionados con su actividad. Este camino interpretativo del art. 1733 nos conduce

a la responsabilidad plena por los daños derivados de los riesgos por el desarrollo.

iii) Las actividades riesgosas y la responsabilidad objetiva. En favor de la responsabilidad por los riesgos, también se levanta la disposición prevista en el artículo 1757 CCyC (27) cuyo apartado final dice: ...La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

La norma, en definitiva, dispone que los empresarios no podrán eximirse de responsabilidad porque ella los persigue más allá de las prevenciones que hayan tomado. Se trata, como enseguida veremos, de otra vuelta de tuerca en materia de responsabilidad objetiva.

iv) La ultraobjetivación de la responsabilidad. La sistemática vigente a partir de la aparición del Código Civil y Comercial marca un claro predominio de los factores objetivos de atribución sobre los subjetivos. Algunos pensadores nacionales hablan de una ultraobjetivación de la culpa.

Las reflexiones críticas del notable jurista Marcelo López Mesa dan cuenta de cómo las tendencias objetivas fueron prevaleciendo en la teoría general de la responsabilidad. Veamos sus argumentos.

a) Somos devotos confesos, desde hace veinte años, de la idea de que la culpa no puede ni debe desaparecer del firmamento jurídico como factor de atribución de responsabilidad no subsidiario sino principal (28).

b) Nos parece que el derecho civil, si pretende seguir llamándose derecho, debe buscar un responsable y no escoger un mártir al azar; debe conceder una indemnización y no consumir un

despojo, pues en tal caso, no sería muy distinto del derecho de las sociedades bárbaras, con sus rudimentarias formas de imponer orden y castigo, no justicia. La objetivación extremista del derecho, la búsqueda irreflexiva de un pagador en vez de un responsable, implica no menos que la vuelta al derecho anterior a la invención de la rueda. Y contra ello reaccionamos, como ha reaccionado en Europa, buena parte de la mejor doctrina Contemporánea (29).

Desde nuestra concepción, opuesta a este pensamiento, sostenemos que no es cuestión de encontrar mártires sino de asegurar una tutela efectiva que impida la existencia de daños sin reparación.

El Derecho debe buscar en la ciencia económica nuevas soluciones que sean útiles para los sujetos más vulnerables del sistema. Se trata de abandonar las miradas puramente ideológicas e incorporar herramientas de otras ciencias, fundamentalmente de la sociología y de la economía.

A pesar de su visión crítica y aguda, López Mesa admite el avance de un sistema sobre el otro: Yendo a la situación específica del derecho argentino actual, ya no es posible discutir, al ser un dato de la realidad circundante, la objetivación que se ha ido operando -para bien y para mal- en el derecho de daños del siglo XXI, al influjo de los constantes progresos científicos y tecnológicos, y del incremento de los riesgos, que ha sido su efecto no deseado (30).

Esta es la convergencia que nos interesa resaltar: ya no es discutible que el sistema de culpa subjetiva ha sido desplazado por un sistema de responsabilidad que se basa en factores objetivos de atribución y en eximentes de responsabilidad cada vez más acotadas.

Es evidente, pensamos, que nos estamos acercando a un sistema que tiende a lograr la reparación de todos los daños injustamente padecidos.

v) La incongruencia del Código Civil y Comercial. Finalmente, López Mesa formula una crítica con la que sí coincidimos porque marca una incongruencia del Código. Veamos. El apartado final del art. 1721 CCyC (31) dispone: "...En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa".

Este enunciado, que según el jurista fue redactado de manera confusa, podría inducir a pensar que en el actual ordenamiento jurídico la teoría general de la responsabilidad se cierra en torno de la culpa. En verdad, López Mesa no se queja del cierre del art. 1721 CCyC sino de la apertura -demasiado amplia- dispuesta el art. 1757. El reproche consiste en resaltar que el reformista le adjudica al art. 1721 la vigencia de un principio que ha caducado por decisión del propio legislador (32).

Lo cierto es que no se entiende el sentido establecer una norma de clausura subjetivista cuando todo el sistema se ha corrido hacia la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, y más allá de señalar la contradicción incomprensible de la norma, no debemos prestarle mayor atención porque la declinación de la responsabilidad subjetiva no tiene retorno en nuestro ordenamiento jurídico.

Pensamos, ya para cerrar este breve ensayo que lo relevante es comenzar a entender que en el nuevo sistema legal que propone el Código Civil y Comercial los principios de la teoría general de la responsabilidad y sus eximentes han sido reemplazados por normas más tutelares y por un Estado que interviene cada vez más en el ámbito de la contratación privada.

Ese es el núcleo de la cuestión: el individualismo, que tuvo su apogeo al finalizar el siglo XIX y que duró hasta la segunda mitad del siglo XX, ha sido desplazado por un moderado y necesario intervencionismo oficial.

Referencias Bibliográficas

- (1) Como ejemplos históricos de este problema tenemos el caso de la fatigas de los metales, del amianto, y como hitos trágicos la talidomida, que en la década de los '60 produjo malformaciones en los hijos de las mujeres que consumieron esa droga; el DES, que al promediar la década de los '70 produjo tumores en las hijas de las mujeres que habían consumido este estrógeno para conservar el embarazo, y en la actualidad ha vuelto a discutirse con motivo de los casos de contaminación transfusional del HIV. Garrido Cordobera, Lidia, "La responsabilidad por el riesgo desarrollo", en Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 172 -173.
- (2) Shina, F., Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 230 - 231.
- (3) Mazeaud, Henri - Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, Trad., Luis Alcalá - Zamora y Castillo, p 18.
- (4) Díez-Picazo, Luis, CULPA Y RIESGO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, Universidad Autónoma de Madrid, en AFDUAM, 2000, <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf> , Captura: 7/12/2016.
- (5) Díez-Picazo, Luis, Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual..., P 155.
- (6) Díez-Picazo, Luis, Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual..., P 158.
- (7) En la jurisprudencia inglesa y norteamericana se ha hablado y se continúa hablando de strict liability para designar supuestos en los que la demanda de indemnización no se funda necesariamente en la culpa del demandado. Se ha puesto de relieve que la noción de strict liability, en el Derecho de daños, es muy antigua, de manera que no puede decirse justamente que haya una evolución desde la responsabilidad por culpa a la responsabilidad estricta, sino al contrario: es la idea de que la responsabilidad no es necesariamente estricta la que es relativamente moderna, por lo que en la reparación

de la llamada strict liability puede encontrarse algún rastro de viejas decisiones sobre los casos de trespass of cattle, que proceden de 1353. Díez Picazo, L., "CULPA Y RIESGO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL...", P 157.

(8) 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co. Palsgraf v Long Is. R.R. Co., http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm, Captura: 1/03/2017.

(9) Nacido dentro de una familia sefardí, a partir de 1891 se dedicó a la práctica de la abogacía, tras ser admitido en el colegio de abogados de Nueva York. Fue elegido para hacerse cargo del Tribunal Supremo de Nueva York en 1913 y rápidamente fue promovido para pasar al Tribunal de Apelaciones estatal. Fue designado a la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1932, donde trabajó hasta 1938. Durante su servicio en la Corte Suprema redactó la opinión mayoritaria que respalda la constitucionalidad del Decreto de Seguridad Social de los años 1930. (Wikipedia, https://es.wikipedia.org/wiki/Benjamin_Cardozo, fecha de captura: 21-04-2018).

(10) Plaintiff was standing on a platform of defendant's railroad after buying a ticket to go to Rockaway Beach. A train stopped at the station, bound for another place. Two men ran forward to catch it. One of the men reached the platform of the car without mishap, though the train was already moving. The other man, carrying a package, jumped aboard the car, but seemed unsteady as if about to fall. A guard on the car, who had held the door open, reached forward to help (*341) him in, and another guard on the platform pushed him from behind. In this act, the package was dislodged, and fell upon the rails. It was a package of small size, about fifteen inches long, and was covered by a newspaper. In fact it contained fireworks, but there was nothing in its appearance to give notice of its contents. The fireworks when they fell exploded. The shock of the explosion threw down some scales at the other end of the platform, many feet away. The scales struck the plaintiff, causing injuries for which she sues. 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: Palsgraf v Long Is. R.R. Co.

http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm,
Captura: 1/03/2017.

(11) The conduct of the defendant's guard, if a wrong in its relation to the holder of the package, was not a wrong in its relation to the plaintiff, standing far away. Relatively to her it was not negligence at all. Nothing in the situation gave notice that the falling package had in it the potency of peril to persons thus removed. Negligence is not actionable unless it involves the invasion of a legally protected interest, the violation of a right. "Proof of negligence in the air, so to speak, will not do" (Pollock, Torts (11th ed.), p. 455; *Martin v. Herzog*, 228 N. Y. 164, 170; cf. *Salmond, Torts* (6th ed.), p. 24). ... 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: *Palsgraf v Long Is. R.R. Co.*,

http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm,
Captura: 1/03/2017.

(12) If no hazard was apparent to the eye of ordinary vigilance, an act innocent and harmless, at least to outward seeming, with reference to her, did not take to itself the quality of a tort because it happened to be a wrong, though apparently not one involving the risk of bodily insecurity, with reference to someone else. "In every instance, before negligence can be predicated of a given act, back of the act must be sought and found a duty to the individual complaining, the observance of which would have averted or avoided the injury... 248 NY 339, 162 N.E. 99, NY 1928 - CITE TITLE AS: *Palsgraf v Long Is. R.R. Co.*,

http://www.nycourts.gov/reporter/archives/palsgraf_lirr.htm,
Captura: 1/03/2017.

(13) *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>,
Captura: 1/03/2017.

(14) Roger John Traynor (February 12, 1900 - May 14, 1983) served as the 23rd Chief Justice of California from 1964 to 1970, and as an Associate Justice from 1940 to 1964. A nationally respected jurist, Traynor's 30-year career as California's 77th Justice coincided with tremendous demographic, social, and governmental growth in California and in the United States of America, and was marked by a

belief (in the words of his biographer, G. Edward White) that "the increased presence of government in American life was a necessary and beneficial phenomenon. (Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Roger_J._Traynor, fecha de captura: 21-04-2018).

(15) Plaintiff, a waitress in a restaurant, was injured when a bottle of Coca Cola broke in her hand. She alleged that defendant company, which had bottled and delivered the alleged defective bottle to her employer, was negligent in selling "bottles containing said beverage which on account of excessive pressure of gas or by reason of some defect in the bottle was dangerous... and likely to explode." This appeal is from a judgment upon a jury verdict in favor of plaintiff. Defendant's driver delivered several cases of Coca Cola to the restaurant, placing them on the floor, one on top of the other, under and behind the counter, where they remained at least thirty-six hours. Immediately before the accident, plaintiff picked up the top case and set it upon a nearby ice cream cabinet in front of and about three feet from the refrigerator. She then proceeded to take the bottles from the case with her right hand, one at a time, and put them into the refrigerator. Plaintiff testified that after she had placed three bottles in the refrigerator and had moved the fourth bottle about eighteen inches from the case "it exploded in my hand." The bottle broke into two jagged pieces and inflicted a deep five-inch cut, severing blood vessels, nerves and muscles of the thumb and palm of the hand...*Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

(16) I concur in the judgment, but I believe the manufacturer's negligence should no longer be singled out as the basis of a plaintiff's right to recover in cases like the present one. In my opinion it should now be recognized that a manufacturer incurs an absolute liability when an article that he has placed on the market, knowing that it is to be used without inspection, proves to have a defect that causes injury to human beings. *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (111 N.E. 1050, Ann.Cas. 1916C 440, L.R.A. 1916F 696), established the principle, recognized by this court, that irrespective of privity of

contract, the manufacturer is responsible {Page 24 Cal.2d 462} for an injury caused by such an article to any person who comes in lawful contact with it. (Sheward v. Virtue, 20 Cal.2d 410 (126 P.2d 345); Kalash v. Los Angeles Ladder Co., 1 Cal.2d 229 [34 P.2d 481]... Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

(17) In these cases the source of the manufacturer's liability was his negligence in the manufacturing process or in the inspection of component parts supplied by others. Even if there is no negligence, however, public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market... Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

(18) It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured, and a needless one, for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business. Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436, 1944, <http://online.ceb.com/calcases/C2/24C2d453.htm>, Captura: 1/03/2017.

(19) Garrido Cordobera, Lidia, Riesgos del desarrollo en el derecho de daños, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 35.

(20) Calvo Costa, Carlos - Sáenz, Luis, Obligaciones. Derechos de daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p 125.

(21) Calvo Costa - Sáenz, Obligaciones. Derechos de daños..., p 125.

(22) En ese orden de ideas, Juan José Casiello dice: Esto viene a cuento porque últimamente hemos podido ver cómo se pone en tela de juicio la necesidad de la concurrencia de algunos de esos elementos

del deber de responder, que hemos calificado como de indispensable presencia para el nacimiento de la sanción resarcitoria. Así muchos hablan de una responsabilidad sin antijuridicidad, a propósito de la obligación que se atribuye al Estado, en ciertos supuestos, de cubrir daños que resultan de su accionar lícito. (Casiello, Juan, La responsabilidad objetiva y el aligeramiento del requisito de la relación causal, en Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 154).

(23) Art. 1718 CCyC. Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

(24) Art. 1726 CCyC.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

Art. 1727 CCyC. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Art. 1728 CCyC Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del

deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

(25) Art. 1733 CCyC Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

(26) Art. 1757 CCyC. Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

(27) López Mesa, M., "El imperio del riesgo creado", en elDial.com, 1/07/2016, Buenos Aires, elDial, <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017.

(28) López Mesa, M., "El imperio...", <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017.

(29) López Mesa, Marcelo, "El imperio...", <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017.

(30) Art. 1721 CCyC Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

(31) Sin embargo, se trata de una norma engañosa. Para no adjudicar al legislador que la sancionó la intención de confundir con ella, y presumiendo su buena fe, diremos que el problema radica en que se trata de una norma ilusoria, que no tendrá prácticamente aplicación, a tenor del claro y rotundo texto del art. 1757 CCC, que de hecho produce una ultraobjetivación de la responsabilidad civil, por su propio texto y por las varias normas que a él remiten: arts. 1757 in fine, 1769, 1243, 1286 y 1685 CCC... (López Mesa, Marcelo, "El imperio...", <http://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=8576&base=50&resaltar=dc2142>, Captura: 8/01/2017).

Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial

Primera parte

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF180145

[Consultado el: 05/10/2021]

a.- Presentación. Cuando se analiza a los contratos de adhesión lo más probable es que se comience por el tratamiento de sus dos elementos más superficiales: a) la falta de negociación paritaria; b) la posible (segura) existencia de estipulaciones abusivas que vician a este tipo de contratos.

Así, cada vez que se lee un ‘contrato de adhesión’ se piensa en un formato de estipulaciones predisuestas que, además, son viciosas o abusivas. Sin embargo, ese acercamiento al contrato de adhesión es insuficiente porque se limita a analizar sus posibles efectos y no sus causas.

Ese modo de encarar el estudio de los contratos de adhesión impide preguntarse porque se han convertido en la herramienta de tráfico más importante de la actualidad. Son pocos los autores nacionales que formulan dilemas más profundos que permitan entender un poco mejor el fenómeno de la contratación predisuesta

¿Qué factor determinante actuó para que los contratos de adhesión hayan prevalecido en forma tan abrumadora en la técnica contractual moderna? De poco sirve saber que no son acuerdos negociados y que suelen estar infestados de cláusulas injustas porque casi todo el mundo conoce esa situación. Pensamos que es más

importante analizar los motivos que permitieron su desarrollo y – sobre todo - qué sector de la economía real se beneficia con ellos.

Entre nuestros doctrinarios, Atilio Alterini parece haber tocado la tecla justa cuando años atrás (mucho antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial) señaló la vinculación entre el tráfico masivo de riqueza y la contratación predispuesta: Los contratos predispuestos son "instrumentos adecuados para la economía de masas" (Vallespinos), pues mediante ellos se producen significativos ahorros propios de la economía de escala: un ahorro de tiempo, al ser evitada la discusión individual de las cláusulas; un ahorro derivado de que la uniformidad de la contratación facilita la homogeneidad de la gestión empresarial; un ahorro de litigiosidad, en razón de que los contratos prevén de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes (Amaral). (2)

La oportuna cita de Alterini nos sirve para meternos de lleno en el tema sin distracciones innecesarias, partiendo de una afirmación relativamente dogmática: la contratación por adhesión es un fenómeno de la economía antes que una variante de la teoría general del contrato. El núcleo de este tipo de negocios jurídicos es de carácter económico y ello determina que sea más importante examinar cómo estos negocios se entrelazan el consumo masivo de bienes y servicios.

b.- Los contratos de adhesión en la doctrina norteamericana. Friedrich Kessler (1901 – 1998) nació, estudio y se formó en Alemania hasta que como tantos otros pensadores de su generación tuvo que huir de la peste nazi. Tras radicarse en Estados Unidos, fue un destacado profesor en universidades de gran prestigio como Yale Law School, University of Chicago Law School y Berkeley School of Law.

Uno de sus ensayos más famosos es un formidable estudio de los contratos de adhesión que tras ser publicado en 1943 recorrió

todas las universidades del mundo. En Argentina casi no se conoce la obra de Kessler.

Kessler reconoce que la comercialización masiva de bienes y servicios hizo inevitable la aparición de una herramienta contractual que permitió estandarizar un modelo contractual para ser repetido tantas veces como sea necesario, evitando que cada contrato sea negociado individualmente entre el proveedor y el usuario.

El mérito de Kessler consiste en haber advertido, hace casi un siglo, que en la raíz del contrato de adhesión está involucrada la masividad del consumo de bienes y servicios y la despersonalización del mercado donde circulan. (3)

Empero, no es menos importante destacar que el pensador alemán también advirtió que esta despersonalización del mercado llego a convertir al contrato en una herramienta de la economía mediante la cual las grandes corporaciones (sobre todo los bancos y las compañías de seguros) se quitan de encima los riesgos del negocio y la responsabilidad para afrontar eventuales indemnizaciones.

Pues bien; básicamente un contrato de adhesión es eso: un negocio predispuerto por corporaciones que lideran el mercado y cuya finalidad es transferir la mayor cantidad de riesgos posibles al sector del consumo y disminuir al máximo la responsabilidad que asumen.

Kessler nos muestra un contrato que se presenta como una atractiva solución para facilitar el acceso al consumo masivo pero que esconde la finalidad de aumentar la renta empresaria imponiendo condiciones contractuales que rechazan los riesgos de un negocio y disminuyen la responsabilidad del proponente del contrato de adhesión. (4)

En el contrato de adhesión conviven circunstancias que acentúan su condición bipolar. Veamos esta cuestión. Por un lado es una herramienta comercial indispensable para la circulación masiva de

bienes y servicios y, en simultáneo, también es un peligroso mecanismo jurídico que suele ocasionar múltiples abusos.

Mucho tiempo después de estas elucubraciones de Kessler, Lorenzetti ofrecía una definición tan simple y clara como insuficiente de los contratos de adhesión: El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas...(5)

Como puede apreciarse, en la definición de Lorenzetti el aspecto esencial del contrato es su unilateralidad y su falta de negociación. No estamos en desacuerdo con esas premisas básicas. Sin embargo, pensamos que presentar el contrato de adhesión a partir de la carencia negocial nos aleja tanto de la verdadera utilidad de esta técnica contractual como de los peligros reales que anida. En nuestra opinión, la falta de negociación es un dato emergente pero no sustancial de los contratos de adhesión.

El hecho de no ser acuerdos negociados es una cuestión menor porque en los hechos el adherente jamás tendría posibilidades reales de obtener beneficios en una negociación paritaria con un banco o con una compañía de seguros. Esas hipotéticas tratativas serían, en el mejor de los casos, intrascendentes. No debe perderse de vista que se tratan de negocios casi o cuasi monopolísticos en los cuales todos sus proveedores lanzan al mercado, al mismo tiempo, ofertas comerciales similares o idénticas.

Las condiciones monopolísticas y la cartelización de las ofertas comerciales son cuestiones de suma importancia que, sin embargo, no han sido tratadas profundamente por la doctrina nacional. Por algún motivo desconocido nos empeñamos en buscar definiciones y diferencias y matices entre las estipulaciones abusivas sin profundizar en otras cuestiones tanto más importantes. En algún sentido, el derecho nacional está estancado en la intrascendencia, como si su finalidad consistiera en no resolver los problemas reales que la

economía le plantea al derecho. Un ejemplo de esta frivolidad es la abundancia de ensayos que tratan sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la escasez de artículos que analizan la raíz económica de los negocios jurídicos instrumentados en esos acuerdos.

Las cláusulas abusivas no presentan ninguna dificultad académica y su tratamiento no supera la descripción de obviedades. En cambio, explicar que ellas tienen relación directa con la rentabilidad de algunos negocios es una tarea más ardua que, además, puede incomodar a grupos realmente poderosos de la economía.

En otros países ese análisis profundo de los negocios jurídico lo realizan los jueces. Por ese motivo Kessler decía que gran parte de los contratos de seguros tiene por finalidad evitar que los reclamos lleguen a los tribunales y que los contratos predispuestos por las compañías sean examinados por los jueces. El riesgo judicial, vale la pena aclararlo, no radica en que una sentencia advierta la abusividad de una cláusula sino en que descubra la matriz abusiva de todo el negocio y decida enmendarlo mediante su integración.

Para Kessler los contratos de adhesión son sorprendentes ejemplos de cómo el sector empresario selecciona y controla los riesgos que va a asumir en cada negocio jurídico. Por todos los medios posibles, las compañías tratan de evitar que los reclamos lleguen a tribunales y que algún magistrado se deje influenciar por factores irracionales que desbaraten la racionalidad del negocio. El negocio 'solamente' será racional (y rentable) si el estipulante logra descargar los riesgos sobre el adherente y limitar su propia responsabilidad (6)

Para entender los contratos de adhesión es necesario realizar un profundo estudio de su raíz económica. Es hora de enseñar en nuestras facultades a pensar los negocios jurídicos en términos económicos dejando de poner tanto énfasis en las definiciones ingeniosas que además de no servir para mucho distraen la atención de los dilemas más complejos.

El problema de los contratos de adhesión es su matriz abusiva antes que la falta de negociación. (7) Y son los jueces quienes deben desentrañar esa abusividad basal. La no intervención judicial es lo que permite la expansión de los contratos injustos. El juez del siglo XXI tiene que abandonar la pasividad disimulada de un liberalismo rancio y anacrónico. Pensamos que el magistrado debe intervenir, con la debida prudencia, la contratación privada evitando los abusos inherentes a los negocios predispuestos. A esa intervención judicial se referían los autores como George Priest o F. Kessler cuando señalaban que los jueces deben tener una actitud más intervencionista en la contratación privada, convirtiéndose en una suerte de arquitectos de una conciencia social. (8)

En ese orden de ideas, George Priest (Universidad de Yale) (9) escribe un breve ensayo *The Modern Transformation of Civil Law* (2006) donde explica la mayor participación de la judicatura en los contratos privados de nuestros días (10)

Lo notable del artículo no está en la forma en que describe la mayor injerencia oficial (11) sino en manifestar que el verdadero cambio en la teoría general de la responsabilidad ocurrió cuando los jueces entendieron y asumieron que debían ser ellos los encargados de regular los daños que debían soportar las víctimas y los que debían ser indemnizados por los agentes dañadores (12)

Dicho en otras palabras, y ya liberando al autor americano de nuestro pensamiento autónomo, sostenemos que los magistrados deben interpretar más rigurosamente los nuevos textos legales del Código Civil y Comercial (en especial el art. 1733 y el art. 1757) porque esos textos legales establecen una nueva vuelta de tuerca en materia de responsabilidad objetiva.

Nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la vigencia de la ley 26.994, ha incorporado la responsabilidad ultraobjetiva para regular la reparación de los daños. Ese es, a nuestro modo de ver, el verdadero

cambio en la teoría general de la responsabilidad propuesto en el Código unificado (13)

Los contratos de adhesión no escapan a esta realidad. En esos acuerdos, los proveedores seguirán estableciendo las pautas contractuales e imponiendo cláusulas abusivas; y seguramente continuarán transfiriendo sus riesgos a los usuarios y tratando por todos los medios posibles de disminuir sus responsabilidades pero los jueces deberán abortar estas tretas contractuales.

No se trata de intervenir sobre la libertad contractual de los contratantes porque hace décadas que se sabe que esa libertad es sólo formal e insubstancial. La cuestión consiste en ajustar más la interpretación de los factores de responsabilidad aumentando el universo de sujetos responsables lo cual requiere que puedan oponerse menos eximentes de responsabilidad. Ese nivel de intervención es compatible y armónico con la sistemática propuesta por el Código Civil y Comercial que ha incorporado textos legales como los arts. 989, 112, 1733 y 1757 y otros que van en esa dirección.

Ahora solo resta lo más difícil: lograr que los jueces asuman la responsabilidad que el legislador reformista les asignó. Como bien dice Aida Kemelmajer: Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el Código cree en los jueces que deben aplicarlo, pues –como dice Carlos Cossio – ‘quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas...’ La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación. (14)

Referencias Bibliográficas

(1) Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Actualmente se desempeña como Auxiliar Letrado de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos – 2002-2004).

(2) Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001.

(3) The development of large scale enterprise with its mass production and mass distribution made a new type of contract inevitable-the standardized mass contract.⁷ A standardized contract, once its contents have been formulated by a business firm, is used in every bargain dealing with the same product or service. The individuality of the parties which so frequently gave color to the old type contract has disappeared. The stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market. (Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

(4) It has reached its greatest perfection in the different types of Contracts used on the various exchanges. Once the usefulness of these contracts was discovered and perfected in the transportation, insurance, and banking business, their use spread into all other fields of large scale enterprise, into international as well as national trade, and into labor relations. It is to be noted that uniformity of terms of contracts typically recurring in a business enterprise is an important factor in the exact calculation of risks. Risks which are difficult to calculate can be excluded altogether. Unforeseeable contingencies affecting performance, such as strikes, fire, and transportation difficulties can be taken care of. (Kessler, Friedrich, "Contracts of

Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

(5) Lorenzetti, Luis, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p 277

(6) The standard clauses in insurance policies are the most striking illustrations of successful attempts on the part of business enterprises to select and control risks assumed under a contract. The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called "juridical risk", the danger that a court or jury may be swayed by "irrational factors" to decide against a powerful defendant. Ingenious clauses have been the result. (Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

(7) The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. His contractual intention is but a subjection more or less voluntary to Terms dictated by the stronger party, terms whose consequences are often understood only in a vague way, if at all. (Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 632, Captura: 01/05/2018).

(8) Today, Contracts is a course addressing the regulation of private transactions in which our courts, as self-conscious social engineers, are evaluated in terms of their ability to define rules that optimally assign risks and informational burdens in order to broadly enhance societal welfare. (Priest, George L., Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler, 1995, Faculty Scholarship Series. Paper 627.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/627, p. 2145, Captura: 27/12/2016).

(9) George L. Priest is the Edward J. Phelps Professor of Law and Economics and Kauffman Distinguished Research Scholar in Law, Economics, and Entrepreneurship at Yale Law School. An internationally recognized expert, Professor Priest has focused his research over the past two decades on antitrust, the operation of private and public insurance, and the role of the legal system in promoting economic growth. (Ver biografía completa en: <https://law.yale.edu/george-l-priest>, Captura: 12-052108).

(10) El mismo autor en otro artículo explica que pasó el tiempo de debatir las ideas de Kessler acerca de si los contratos de adhesión debían ser intervenidos porque esas ideas se impusieron sin retorno: el concepto de libertad contractual, en nuestros días, sostiene Priest está prácticamente acabado: Our modern Contracts course is different from Kessler's, thus, because Kessler's approach has prevailed. The principle of liberty of contract as an element of substantive due process jurisprudence is largely dead. Our courts have become self-conscious social engineers. The reality of differential market power, informational advantages, and relative risk-bearing abilities have become foundational elements of modern contractual interpretation. (Priest, George L., *Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler*, 1995, Faculty Scholarship Series. Paper 627. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/627, p. 2151 Captura: 27/12/2016).

(11) This Essay addresses the transformation of civil law that began in this country, roughly around the mid-1960s, from a legal system that intervened in the lives of citizens only on occasions of serious moral dereliction, to the most extensive and powerful regulatory mechanism of modern society! Prior to the 1960s, civil law served a modest role in U.S. affairs. It enforced property rights and policed boundary disputes through property law, enforced promises as well as disclaimers of liability through contract law, and provided damages for personal injury through negligence law (tort law) when an individual was injured by an egregious breach of standards of normal behavior. Though the negligence standard proved loose enough to

allow substantial subsequent expansion, courts prior to the 1960s employed this standard only where a party showed clear moral culpability that was substantially antagonistic to social norms. Standards determined by private contract were far more significant to the determination of the obligations of citizens. (Priest, George L., *The Modern Transformation of Civil Law*, 2006, Faculty Scholarship Series. Paper 642. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/642, p. 957, Capura, 25-09-2016).

(12) Since the 1960s, however, our civil law has changed dramatically. Contract law, property law, and especially personal injury law have transformed both in function and effect. The transformation occurred through neither a sudden change in legal doctrine, nor legislative statute or popular referendum. Instead, the transformation occurred through the triumph of a set of ideas: the acceptance by the judiciary of the proposition that civil damages judgments can serve as the most effective public policy instrument for regulating the level of harm suffered by citizens in the society. (Priest, George L., *The Modern Transformation of Civil Law*, 2006, Faculty Scholarship Series. Paper 642. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/642, p. 958, Captura, 25-09-2016).

(13) El lector interesado puede acceder a otro artículo nuestro donde analizamos la cuestión de la responsabilidad absoluta. Ver: Shina, Fernando *Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho*, Buenos Aires, SAIJ, 18-O5-2018, Citar: SAIJ: DACF 180093.

(14) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 11

Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial

Segunda parte

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF180145

[Consultado el: 01/02/2022]

a.- Presentación.

En primer lugar, nos parece justo señalar que a pesar de las críticas que frecuentemente le hacemos al Código Civil y Comercial, la inclusión de los contratos de adhesión nos parece positiva.

Como hemos visto en la primera parte de este ensayo, el contrato de adhesión es la herramienta jurídica favorita de las corporaciones para controlar los riesgos de su negocio y acotar su responsabilidad. De acuerdo a lo señalado por F. Kessler, los contratos de adhesión tienen por finalidad incluir los riesgos ‘racionales’ que el sector proveedor está dispuesto a soportar y excluir aquellos riesgos ‘irracionales’ que de soportarlos perjudicarían la ecuación económica de rentabilidad. En pocas palabras: los contratos de adhesión son formatos jurídicos, típicamente empresarios, diseñados para determinar qué daños van a ser absorbidos por el sector de la producción de bienes y servicios y cuáles serán soportados por las propias víctimas. (15)

La racionalidad o irracionalidad del riesgo ‘asegurable o indemnizable’ es tasada por el sector empresario en base a ponderaciones económicas. En la medida que los contratos de adhesión no tengan regulación legal apropiada, ese cálculo se hará por

el empresario y sin injerencia del Estado. En una palabra: se permite al empresario que, utilizando reglas perimidas como la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, elija qué daños está dispuesto a pagar y cuáles rechazar.

No hay en el derecho reglas que hayan sido más perjudiciales para los sujetos vulnerables (trabajadores, consumidores, etc.) que aquellas que postulan la autonomía de la voluntad y la libertad contractual absolutas. Para colmo de males, estas reglas que otros países solo mantienen en forma residual, en el nuestro son defendidas por un ejército de doctrinarios militantes del anacronismo.

La denominación que el Código Civil y Comercial utiliza para este tipo contractual es la de Contratos celebrados por adhesión a cláusulas predisuestas y su ubicación sistemática en el Código unificado es en Libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 2ª, arts. 984 a 989.

La Comisión Legislativa explica su inclusión dentro de los contratos paritarios y en el capítulo sobre ‘formación del consentimiento’. El legislador asumió que esta figura no es un tipo contractual autónomo sino una modalidad especial de prestar el consentimiento. Nuevamente se aborda al contrato de adhesión a partir de la falta de una negociación sustantiva entre las partes. (16)

Más allá de las consideraciones formuladas por la Comisión redactora, pensamos que los acuerdos formados por adhesión a las cláusulas predisuestas sí marcan un punto de ruptura con el contrato clásico. La circunstancia de ser contratos que no están regidos por la regla de la autonomía de la voluntad y por la negociación paritaria es determinante para que pueda afirmarse que son tipos contractuales independientes y, en muchos casos, antagónicos del contrato clásico.

En los párrafos que siguen vamos a analizar los textos legales que regulan los contratos de adhesión.

b.- Definición. Art. 984 CCyC.

El art. 984 define a los CA: El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

En la definición está presente lo que nuestra doctrina y nuestro legislador entienden que es la nota típica del contrato de adhesión: su falta de negociación bilateral. En la exposición de motivos, la Comisión redactora consolida este criterio: El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere. (17)

Para Rubén Stiglitz: El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquél en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que, si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido. Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual. (18)

No hay mucho más para agregar a esta definición básica. La doctrina y el texto legal coinciden; se trata de acuerdos en los cuales una de las partes propone el contenido del negocio jurídico y la otra lo acepta sin que exista una negociación previa. Desde luego, quien predispone el contenido lo hace en función de su mayor capacidad para imponer condiciones. Y, como bien señala Stiglitz, esa mayor fortaleza de una de las partes debilita la autonomía de la voluntad del adherente al acuerdo.

En conclusión: los contratos de adhesión se desarrollan por afuera de la regla de la autonomía de la voluntad que tradicionalmente

conocemos; esa circunstancia los convierte en tipos contractuales divergentes y antagónicos del contrato clásico.

c.- Requisitos. Art. 985 CCyC.

El art. 985 se refiere a los requisitos que deben alcanzar las cláusulas contractuales para que no sean declaradas nulas.

Art. 985: Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

El contrato de adhesión es un documento completo, terminado y autónomo en el cual el adherente no puede negociar o discutir ninguna condición esencial del negocio. Por ese motivo es indispensable que el contenido del contrato esté redactado en cláusulas que sean comprensibles y que no remitan a otro documento.

La norma también dispone que la redacción debe ser de fácil entendimiento para el adherente. Sin embargo, cualquier persona que haya leído un contrato de seguro o un préstamo bancario sabe que el art. 985 CCyC es una humorada legislativa.

Los contratos no se entienden y están redactados en forma tal que su interpretación resulta imposible para una persona de conocimientos medios. Y esto no es un chiste, sino que es una parte esencial de los contratos de adhesión. La otra parte del problema, que por cierto no es menor, es que los contratos directamente no se leen.

Para que se entienda bien el problema y aun asumiendo el riesgo de incurrir en alguna exageración, los contratos de adhesión no se leen. Nunca. Ello nos permite realizar una primera conclusión tan provisoria como contundente y pesimista: firmar un contrato sin

haberlo leído o firmar un contrato después de haberlo leído sin entender nada es exactamente lo mismo.

Para Stiglitz: El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas de por sí por el adherente. Y llena este requisito el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.

Los contratos de adhesión tienen dos problemas. Uno es que sus contenidos no se entienden. El segundo es que aun logrando que esos contenidos fueran más comprensibles, los contratos no se leen. Los CA se firman sin leer una letra de lo que dicen; a veces ni siquiera se firman y otras sólo se firma el ejemplar que conserva el proveedor. Esa es la realidad contractual de nuestros días.

d.- Cláusulas particulares. Art. 986 CCyC.

Los contratos de adhesión no dejan de serlo por el hecho de tener algunas cláusulas particulares negociadas por el adherente y cuya característica es que limitan, amplían, suprimen o interpretan a una cláusula general.

El texto legal dispone:

Art. 986. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

La existencia de cláusulas particulares demuestra que lo esencial de estos acuerdos no se relaciona con la falta de negociación sino con la capacidad que una de las partes tiene de imponer condiciones que disminuyan el riesgo del negocio y/o limiten la

responsabilidad empresarial frente a eventuales reclamos por parte de los adherentes.

Las cláusulas particulares, como lo señala el art. 986 CCyC son negociadas particularmente y pueden implicar una ampliación, una limitación, una supresión o una interpretación de una cláusula general.

Veamos un ejemplo tomado de un juicio real que tuvo lugar en España. En el caso estaba implicada (¡como siempre!) una compañía de seguros y una estipulación contractual dudosa. El texto de la cláusula contenía la siguiente exclusión de cobertura:

Las pérdidas o daños que sufra la maquinaria atribuible a las partes defectuosas o mal conservadas y anomalías eléctricas o mecánicas. No obstante, se garantizan los daños habidos con ocasión de un accidente producido por las causas anteriormente citadas, quedando en todo caso excluidos los costos de reparación de dichas causas originarias de tal accidente.

De la lectura de la cláusula surge que si la falla de la máquina se debía a la falta de mantenimiento a cargo del usuario, la cobertura caía y el seguro no respondía. Ahora bien; ¿cuáles son las tareas de mantenimiento que pueden atribuirse contractualmente a un usuario de una maquinaria de cierta complejidad? ¿Todas? ¿Las básicas? Pero en este último caso, ¿qué debe entenderse por tareas básicas o indispensables de mantenimiento?

En principio esta cláusula debería ser negociada particularmente en los términos del art. 986 CCYC para que esas respuestas no queden en suspenso. En el CA se debe estipular clara y detalladamente qué tareas de mantenimiento deben ser asumidas por el usuario y cuáles exceden ese deber.

Se presenta entonces un nuevo problema. La cláusula particular en algunos casos puede agravar la condición de los usuarios

aún más que la estipulación genérica. Ello así porque la norma que examinamos establece que las cláusulas particulares prevalecen sobre las generales. Pensamos que este criterio de prelación es equivocado y que se debió disponer que en caso de duda o colisión prevalezca la cláusula más favorable al usuario.

La laguna normativa que presentamos puede dar lugar a que una compañía de seguros inescrupulosa imponga una condición general y luego fuerce una negociación particular que la agrave en perjuicio del usuario. A nuestro modo de ver, la norma debía cerrar el círculo favoreciendo al adherente del CA.

e.- La interpretación contra proferentem. Art. 987 CCyC.

El texto legal que vamos a comentar contiene el principio conocido como interpretación ‘contra proferentem’ o ‘contra stipulatorem’. Esta regla actúa cuando una cláusula está redactada en una forma tan ambigua que permite una interpretación dudosa. En tal caso, la cláusula se interpreta en el sentido menos favorable a quien predispuso la cláusula.

El código unificado incorpora la regla contra proferentem en el art. 987 que establece: Art. 987. Interpretación. Las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

El principio general es bastante claro pero los problemas se suscitan en la sintonía fina de la interpretación judicial. ¿Qué debe entenderse por estipulación ambigua? ¿Cuándo una cláusula puede ser considerada confusa, dudosa o incierta y ser interpretada bajo la regla contra proferentem?

Volvamos a ver la cláusula contractual que usamos de ejemplo al examinar el art. 986 CCyC.

Las pérdidas o daños que sufra la maquinaria atribuible a las partes defectuosas o mal conservadas y anomalías eléctricas o mecánicas. No obstante, se garantizan los daños habidos con ocasión de un accidente producido por las causas anteriormente citadas, quedando en todo caso excluidos los costos de reparación de dichas causas originarias de tal accidente.

Esta estipulación puede admitir dos miradas jurídicas y dos interpretaciones judiciales opuestas. Veamos las distintas hipótesis:

1) La cláusula puede interpretarse en el sentido de que el asegurado se debe hacer cargo de mantener la máquina en buen estado de conservación y excluir la cobertura si alguna de las piezas no estuviera bien conservada. En este caso se optaría por una interpretación rigurosa y desfavorable al usuario.

2) La misma estipulación puede ser interpretada como una cláusula ambigua en la que no se expresan detalladamente cuáles son las tareas de mantenimiento que obligan al asegurado y excluyen la cobertura del asegurador. En este caso jugaría a favor del asegurado la regla contra proferentem restringiendo la posibilidad de excluir la cobertura.

Recordamos al lector que esta cláusula fue discutida en un juicio real que tuvo lugar en España ante la Sala Civil del Tribunal Supremo del año 2009.⁽¹⁹⁾ Veamos lo que dijeron los magistrados españoles.

En primer lugar, el fallo hace una correcta descripción del problema que debía resolver. El tribunal explica en forma clara que el contrato de seguro tiene por finalidad cubrir las contingencias derivadas de un daño y que las exclusiones siempre perjudican al asegurado. Por ese motivo, las exclusiones deben ser tratadas con carácter restrictivo.

El fallo pondera esta situación que a pesar de su obviedad nuestros tribunales muchas veces pasan por alto. Como dicen las sentencias de 8 de julio de 2002 y 20 de noviembre de 2003, ha de partirse de que la exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS. de 28 de febrero de 1990, 14 de junio de 1994 y 24 de febrero de 1997), pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido. (20)

Luego de advertir la excepcionalidad de las exclusiones y que ellas siempre perjudican al asegurado, el fallo señala cómo deben ser redactadas las estipulaciones que limitan responsabilidad: Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del art. 3 de la Ley de 8 de octubre de 1980 , que resulta imperativo que las Condiciones Generales se redactarán de forma clara y precisa y han de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que las ha de aceptar por escrito, sin dejar de lado que las mismas, en cuanto aminoren la indemnización pactada, son decididas y aportadas impresas al contrato por las aseguradoras...(21)

La sentencia postula con claridad los fundamentos de la regla ‘contra stipulatorem’: a.- Se trata de cláusulas que limitan la responsabilidad del asegurador y, por tanto, acortan los derechos del asegurado. b.- Son cláusulas redactadas por el predisponente que se beneficia con ellas. c.- Son cláusulas que no fueron negociadas con el adherente.

Estas razones justifican la obligación de redactar cláusulas que sean claras, fáciles de entender, precisas y que eviten las generalidades. En caso de no alcanzar esa exigencia la estipulación ambigua debe ser interpretada en sentido contrario a los intereses del predisponente.

En sentido similar, Rubén Stiglitz señala: Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está

dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad. Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura, sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos. (22)

Compartimos con Stiglitz que no es suficiente que la cláusula sea de lectura comprensible, sino que su contenido también debe serlo. De nada sirve que se entienda la letra de una cláusula si finalmente no se comprende el significado sustancial del negocio jurídico contenido en el contrato. La cláusula que pusimos como ejemplo adolecía, precisamente, de ese defecto: era comprensible su lectura, pero ambiguo su contenido.

En definitiva, la regla contra proferentem determina que toda ambigüedad debe perjudicar al estipulante y eso mismo resolvió el tribunal español: ...es doctrina reiterada de esta Sala, ...que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó ... la interpretación jurisprudencial que deriva del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro; ... establece la regla contra proferentem , según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ... (23)

La existencia de lodo en la maquinaria no fue causal suficiente para excluir la cobertura porque la deficiencia del mantenimiento no era una causal específica de exclusión de cobertura, salvo que se hubiera logrado acreditar el dolo del asegurado. El asegurado tiene obligación de atenuar las consecuencias del siniestro, pero no de prevenir el daño. Ambas obligaciones son distintas. Pero frente a esta ambigüedad, el seguro no puede invocar la exclusión de cobertura

porque toda incertidumbre contractual se debe resolver en favor del asegurado.

En sentido coincidente, Stiglitz señala que: Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio. Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas. Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o —lo que es lo mismo— su interpretación contraria a los intereses del predisponente. (24)

La ambigüedad de un contrato no pasa únicamente por la claridad de su redacción. La vaguedad de un contrato de adhesión generalmente no se presenta en su letra sino en la disociación entre las expectativas (demasiado optimistas) de los adherentes y las prestaciones (limitadas) del producto.

Los usuarios tienden a creer, en forma optimista, que el producto que adquieren tiene más calidades que las que en realidad posee. Un contrato para no ser ambiguo debe establecer claramente cuáles son las limitaciones del producto para evitar que las expectativas del cliente excedan las prestaciones reales del producto.

Esto nos obliga a investigar si el Estado debe controlar la redacción de los contratos o si debe esforzarse en lograr que no haya una brecha demasiado ancha entre las expectativas del adherente y las limitaciones del producto. Para ello, es preciso analizar cuáles son las expectativas de los usuarios. No se trata de satisfacer esas expectativas, sino ajustarlas a la realidad del producto.

Si un lego lee los textos legales de nuestro código se puede llevar la errónea impresión de que si se lograra mejorar la redacción de los contratos se solucionaría el problema de las relaciones de consumo. Sin embargo, sabemos que esto es falso. La falla, como ya

dijimos, no está solamente en la redacción de los contratos sino en la compleja relación que los sujetos trazan entre sus anchas expectativas y las estrechas prestaciones del producto.

Pensamos que el Estado debe poner el esfuerzo en analizar en forma objetiva (estadística) cuáles son las expectativas más optimistas de los consumidores y luego hacer que los contratos se refieran a ellas en términos reales.

Los fabricantes de productos, sobre todo los líderes del mercado, manejan todo tipo de encuestas y estadísticas que informan con gran detalle y precisión los perfiles de preferencias de los consumidores y las debilidades de cada producto. Hay mucha información desparramada que el Estado puede coleccionar para luego analizar con técnicos idóneos. Eso mejoraría las relaciones de consumo mucho más que estar a la caza furtiva de cláusulas abusivas aisladas, mutantes e inagotables.

No se trata, como ya hemos dicho, de aclarar la redacción de los contratos sino de precisar cuáles son las expectativas del adherente y luego confrontarlas con las limitaciones del producto o del servicio que se ofrece en el acuerdo.

Un contrato muy bien escrito puede seguir siendo ambiguo en la medida que no aclare que las expectativas que los clientes tienen no podrán ser alcanzadas. Por el contrario, un contrato muy mal redactado pero que en su portada contenga un prospecto con un puñado de advertencias claras y notables, seguramente será más útil para los usuarios.

Veamos un ejemplo tomado al azar. Si compramos un reloj de cierta tecnología seguramente no vamos a leer el contrato, pero es muy posible que nos detengamos a leer algunas advertencias si ellas aparecen ni bien se abre la caja que contiene el producto. Estas advertencias, para ser notorias, deberán estar escritas con letra grande e incluir colores que llamen la atención del cliente. Las notas

destacadas deberían incluir por lo menos los siguientes avisos: 1) La batería de este reloj dura aproximadamente un año, de acuerdo a su uso. No se han registrado casos de duración que superen los dos años. 2) El sistema de GPS de este reloj sólo funciona mientras está conectado a la red de internet. No funciona al no estar conectado. 3) Este reloj no es sumergible. Puede soportar leves mojaduras provocadas, por ejemplo, por una lluvia. Luego de ser expuesto al agua, debe ser secado cuidadosamente para evitar inconvenientes en su sistema. El reloj no puede ser sumergido ni utilizado para nadar. 4) La malla es de caucho, material que usualmente es resistente al uso normal. Sin embargo, los reportes estadísticos indican que muchos usuarios deben cambiarla en los primeros 2 años de uso. Este dato puede variar en cada caso y de acuerdo al uso y cuidado que cada usuario le dé. 5) Para mejorar su durabilidad se recomiendan los siguientes cuidados mínimos: ...

Cada producto podría tener, de acuerdo a su complejidad, una breve lista con las cuestiones dudosas más frecuentes. Al resolverlas en un prospecto breve y de contundente claridad, las expectativas más optimistas de los usuarios podrían ser ajustadas a la realidad. Ese listado de frustraciones de expectativas demasiado optimistas, tendría un efecto informativo mucho más efectivo que el propio contrato que, por mejor escrito que esté, nadie lee.

La información, para ser eficiente, debe recaer sobre las cuestiones que los consumidores no solamente ignoran, sino que se resisten a conocer. El objetivo de la información debe consistir en balancear el optimismo del usuario con las limitaciones reales del producto. Para que ello suceda es necesario que el adherente del contrato sea prácticamente obligado a leer lo que no quiere conocer.

Un muy buen ejemplo de la situación que estamos describiendo surge de la ley 26.687 que regula las publicidades sobre tabaco. (25) El art. 7 de la citada ley es un ejemplo de lo que debe hacerse si realmente se quieren modificar las expectativas

distorsionadas por el optimismo irracional. Prestemos atención a las cosas que dice este texto legal:

Art. 7, Ley 26.687. En todos los casos la publicidad o promoción deberá incluir uno de los siguientes mensajes sanitarios, cuyo texto estará impreso, escrito en forma legible, prominente y proporcional dentro de un rectángulo de fondo blanco con letras negras, que deberá ocupar el veinte por ciento (20%) de la superficie total del material objeto de publicidad o promoción: a) Fumar causa cáncer; b) Fumar causa enfisema pulmonar; c) Fumar causa adicción; d) Fumar causa impotencia sexual; e) Fumar causa enfermedades cardíacas y respiratorias; f) El humo de tabaco es causa de enfermedad y muerte; g) La mujer embarazada que fuma causa daños irreparables a su hijo; h) Fumar causa muerte por asfixia; i) Fumar quita años de vida; j) Fumar puede causar amputación de piernas. En todos los casos se incluirá un pictograma de advertencia sobre el daño que produce el hábito de fumar, el que será establecido para cada mensaje por la autoridad de aplicación de esta ley.

La sola lectura de la norma es suficiente para entender que ella se concentra en advertir solamente sobre las condiciones que todo fumador se resiste a admitir. En eso consiste informar: advertir sobre aquello que nos resistimos a saber.

Algo parecido a lo que hace la ley 26.687 con el consumo de tabaco podría aplicarse al resto de las relaciones de consumo. Veamos algunos resultados estadísticos tomados luego de la sanción de la ley antitabaco.

En el año 2012, el 22,3% de la población refirió consumir tabaco, en una proporción mayor en varones que en mujeres (29,6% vs 15,7%). Asimismo, entre los fumadores de cigarrillos, se evidenció que la mayoría lo hacía de manera diaria (17,1%) y el promedio de edad en la que se comenzó a fumar diariamente fue de 16,2 años. El promedio de cigarrillos fumados por día fue de 12,2, siendo mayor en varones (13,1) que en mujeres (10,9), en el grupo de 50 a 64 años

(17,7), y, en general, en los fumadores diarios. Estos datos sugieren un descenso en la prevalencia de tabaquismo a lo largo de los años (Gráfico 1), comparando por ejemplo con la Segunda Encuesta Nacional de Factores de Riesgo 2009, en la que se registró una prevalencia del 27,1%. Esto evidencia una reducción de 700.000 fumadores desde el año 2009. (26)

La muestra indica la estrecha relación que existe entre la ley y las campañas antitabaco oficiales llevadas adelante desde su sanción y la disminución del número de fumadores.

Luego de analizar los resultados de la primera implementación de la Encuesta Mundial de Tabaquismo en Argentina 2012, evidenciamos un descenso en la prevalencia de tabaquismo a nivel nacional. Este descenso está muy relacionado con la Ley Nacional de Control de Tabaco sancionada en 2011 y la gran cantidad de iniciativas provinciales y municipales que no sólo antecedieron temporalmente a la Ley nacional, sino que además fueron pioneras en el cambio de conductas y de normalización del tabaquismo en Argentina. Sin embargo, aún son muchos los desafíos pendientes ya que 6,1 millones de adultos continúan fumando y más de la mitad de la población está expuesta al humo de tabaco ajeno. (27)

No hay ninguna duda de que la información eficiente tiene directa relación con ajustar el relato del optimismo irracional con la realidad. Si los productos y servicios contuvieran leyendas que advirtieran sobre sus limitaciones reales y en contra de los optimismos irracionales, las relaciones de consumo mejorarían tanto como empeoraría la renta de las corporaciones más grande. Esa es, finalmente, la puja que subyace en el fondo

Para Ayres el contrato debe informar principalmente dos cosas. En primer lugar, aquello que se sabe que los consumidores ignoran o tienen dificultad o aversión a conocer; y, en segundo lugar, las limitaciones del producto. En general ambas cosas coinciden

porque los usuarios no quieren conocer las limitaciones de los productos que pueden adquirir. (28)

f.- Las cláusulas abusivas. El art. 988 del Código Civil y Comercial.

El código unificado trata las cláusulas abusivas en el art. 988. No es mucho lo que este texto legal le agrega a lo ya establecido en el art. 37 de la ley 24.240. Sin embargo, el legislador decidió incluir a los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial y esa decisión hizo forzoso regular también sobre las cláusulas abusivas.

La relación entre ellas y los contratos de adhesión es tan estrecha que muchas veces se cree, erróneamente, que la finalidad de los contratos de adhesión es incluirlas en sus contenidos cuando en realidad las estipulaciones abusivas responden a una realidad económica que trasciende la teoría general del contrato.

Veamos la redacción del texto legal propuesta en el código:

Art 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Chamatrofulos, sin dar una definición, se refiere a los aspectos relevantes de las cláusulas abusivas señalando que, se observa que la nota principal está dada entonces por un desequilibrio sin causa legal que lo justifique entre los derechos y obligaciones puestos en cabeza de cada una de las partes de un contrato de consumo. Además de ello, el desequilibrio siempre debe perjudicar al consumidor y no favorecerlo. (29)

En otro trabajo nos referíamos a estas cláusulas diciendo que, de allí surge que una cláusula abusiva es aquella que establece ventajas desmedidas para una de las partes de un contrato en perjuicio de la otra. En pocas palabras, se trata de estipulaciones que establecen inusuales privilegios para una de las partes al tiempo que perjudican ostensiblemente a la otra. Lo característico de estas cláusulas es que sin que exista una razón que los justifique alteran de manera manifiesta el equilibrio contractual que debe primar entre las partes que un negocio jurídico. (30)

La definición incluye las características que tienen las estipulaciones abusivas: a) Provocan un desequilibrio injustificado entre los derechos y las obligaciones asumidas por cada contratante; b) Ese desequilibrio debe implicar una ventaja desproporcionada para el proponente y, como contracara, una desventaja ostensible para el adherente.

En materia de estipulaciones abusivas, nuestro código con buen criterio, dispone reglas generales que luego deben ser integradas al interpretar cada contrato en particular. Así, por ejemplo, el primer inciso del art. 988, establece que son abusivas aquellas cláusulas contractuales que desnaturalicen las obligaciones del predisponente. Esta regla general procura proteger la equidad y el equilibrio razonable que debe existir entre los derechos y las obligaciones que cada contratante asume. Stiglitz, al referirse a este grupo de estipulaciones abusivas señala que: Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. (31)

El inciso b) del art. 988 CCyC prevé un segundo grupo de cláusulas abusivas. En ese caso, la regla general se refiere a las cláusulas abusivas que impliquen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de

normas supletorias. En este sentido, la intervención del contrato de adhesión se realiza para evitar que, so pretexto de ejercer la libertad contractual, una de las partes renuncie forzosamente a derechos o exima, también a la fuerza, al estipulante de cumplir obligaciones que naturalmente debe asumir.

No es abundante recordar que la autonomía de la voluntad ha sido siempre utilizada para repartir en voz alta derechos cuya abdicación luego se exigía en silenciosos contratos de paródica paridad.

El segundo supuesto contemplado en el art. 988 CCyC, que es muy similar al inciso b) del art. 37 LDC, interviene directamente sobre el principio de la autonomía de la voluntad. La disposición quiere evitar que esa regla se aplique en forma invertida y termine perjudicando al adherente.

El tercer inciso del texto legal se refiere a prevenir el fenómeno de las cláusulas sorprendidas; es decir aquellas que, por su contenido, redacción o prestación, no fuesen razonablemente previsibles.

Juan Carlos Rezzónico fue uno de los primeros juristas nacionales en ocuparse de las cláusulas sorprendidas cuando examinó los contratos de adhesión en su obra más renombrada (*Contratos con cláusulas predispuestas*, 1987). En ese libro, Rezzónico decía: Es sorprendente una cláusula... cuando los efectos que de ella se siguen resultarían, además de muy desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común...(32) La definición incluye los elementos necesarios para que una estipulación sea considerada sorprendente: debe ser inesperada pero también desfavorable para el adherente. Ello implica que la nulidad de la cláusula sorprendente está subordinada a su condición abusiva o injusta antes que a su sorpresa. Como bien señala Rezzónico, Los efectos son desfavorables para el adherente; es, dicho de otra manera, una cláusula injusta, ya que, si en definitiva no constituyera un perjuicio para el cliente, se le quitaría un elemento

imprescindible: el daño que autoriza su control. (33) Es decir, estamos frente a un caso de abuso que se concreta mediante una estipulación cuya característica es su capacidad de sorprender a un gran número de los potenciales adherentes. Es decir que la generalidad de su formulación implica, también, lo sorprendente: podría afirmarse que todos los adherentes o la mayor parte de ellos pueden quedar entrapados. (34)

Stiglitz, quizás sea más preciso que Rezzónico a la hora de identificar las características que deben tener estas estipulaciones: La cláusula se habrá de calificar de sorprendente cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato. Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imaginaba que integrarían el contenido del contrato. (35)

El citado doctrinario describe acertadamente que el término ‘sorpresiva’ alude a una estipulación poco habitual pero luego indica que debe tratarse de cláusulas tan insólitas que resultan inimaginables para el adherente. No coincidimos con esta calificación que es similar a la ofrecida por Rezzónico, quien también afirmaba que las cláusulas sorprendidas “... además de ser muy desfavorables, notoriamente inesperadas para un cliente común...” (Rezzónico, op.cit., p. 481).

Nos preguntamos por qué motivo Stiglitz y Rezzónico ponen tan alta la vara para admitir que una estipulación sea sorprendente. ¿Hace falta que una cláusula sea tan insólita para ser sorprendente y abusiva?

Stiglitz, al explicar las estipulaciones que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, señala que: Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto) que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia (36). No alcanza, según el autor, con un desequilibrio simple y comprobado; para que haya abuso el desajuste debe ser

significativo y, en sentido similar, la cláusula para ser sorpresiva debe ser insólita e inimaginable.

Estos requisitos postulados Stiglitz no están previstos en la ley. El art. 988 CCyC se refiere simplemente a las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente (art. 988, apartado a.) y a las que no fuesen razonablemente previsibles (art. 988, apartado c). La norma no subordina la definición a la existencia de un desequilibrio significativo o a que la estipulación sea insólita.

Es indudable que el citado jurista apunta a que los magistrados utilicen criterios restrictivos para determinar cuándo una estipulación es abusiva o sorpresiva. Sin embargo, ese criterio es un apunte doctrinario subjetivo e interesado que no coincide con la letra de la ley. Por el contrario, en distintos artículos se dispone el principio opuesto (ver art. 3 LDC, y 1094, 1095 y concordantes del CCyC) y siempre que haya duda o incertidumbre se aplica el criterio más benéfico para el usuario. Esto implica que las estipulaciones contractuales que sin llegar a ser ‘insólitas’ son inhabituales o dudosas en cuanto a su finalidad, deben ser interpretadas en el sentido más favorable al adherente.

Acierta Chamatropulos cuando, aún antes que nosotros, formula su crítica al pensamiento de Stiglitz: Por otra parte, precisar que el desequilibrio debe ser ‘significativo’ puede generar en la práctica algunos resultados disvaliosos, pues quedaría permitido que el proveedor desequilibre de una manera ‘no significativa’ un gran número de contratos de consumo que celebre, lo que produciría, en última instancia, una mejora general de su situación en desmedro de los consumidores. (37)

En efecto, subordinar la abusividad de una estipulación contractual a que el desequilibrio que provoque sea significativo, y la condición de sorpresiva a que la cláusula sea insólita sólo puede tener un resultado: disminuir los derechos de los adherentes y aumentar los del estipulante.

Los contratos de adhesión reciben una marcada intervención legal. Esa injerencia marcha en varias direcciones. Primero, se dispone que todas las ambigüedades del contrato perjudiquen al adherente. Segundo, se establece la nulidad de aquella estipulación que fuerce a los adherentes a renunciar derechos o que permita incrementar los derechos del estipulante o que resulten negativamente sorprendidas para los adherentes.

Todas las normas que regulan los contratos de adhesión deben interpretarse en sentido amplio y favorable al adherente. No hay ninguna razón que avale el tratamiento restrictivo que propone Stiglitz.

g.- La integración judicial del contrato. El art. 989 Código Civil y Comercial.

i) Presentación. Esta norma regula dos cuestiones trascendentes que previenen que los contratos de adhesión sean un campo minado por estipulaciones abusivas. En primer lugar, dispone que los jueces que descubran una cláusula abusiva pueden declarar su nulidad y, en simultáneo, integrar el contrato con otra que sea equitativa. En segundo lugar, la norma permite el control judicial de aquellos contratos que previamente hayan sido aprobados por alguna autoridad oficial.

ii) La integración. El art. 989 del CCyC incorpora una regla específica en los contratos de adhesión y los de consumo que consideramos trascendente: la facultad de intervenir el contrato que contenga estipulaciones injustas. Veamos el texto legal:

Art. 989. Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. (38)

La intervención no se limita a declarar nulo al contrato. La norma le permite al magistrado que evalúe la posibilidad de integrar el contrato quitando la cláusula injusta y poniendo en su lugar otra que no lo sea. Se trata de una modificación legislativa de gran importancia porque le adjudica a la buena fe contractual un carácter exorbitante. Como bien apunta Atilio Alterini: En todo caso, la regla de buena fe determina que los jueces resuelvan las cuestiones de nulidad total o parcial del contrato, o de su modificación, procurando asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe, en la esta previa a la formación del contrato o en su celebración, según sea el caso. Ello, aunque en la situación particular el contratante haya obrado de mala fe. (39)

En ese orden de ideas, Antonio Boggiano sostiene que: El juez también puede cumplir una tarea recreadora o integradora. Si declara la nulidad parcial del contrato, debe juzgar sobre su posible subsistencia para el cumplimiento de su fin. Si lo juzga insubsistente, juicio que puede requerir mucha prudencia, debe integrarlo crenado las cláusulas justas para la consecución del fin del contrato. He aquí una difícil función judicial. (40)

Es realmente ejemplificador y justo obligar a la parte que ideó un negocio abusivo a concretarlo mediante un contrato equitativo. El remedio de la integración contractual es, además, la solución más adecuada para los usuarios que quieren culminar la relación de consumo. Este es otro aspecto fundamental de la norma que comentamos, porque ella procura que la operación jurídica se concrete en mejores términos. No debe olvidarse que la mayoría de las veces la nulidad total del contrato termina siendo un premio para quien elaboró un negocio cuya única finalidad era lucrar con el abuso.

El proveedor que propone un contrato abusivo no tiene como opción hacerlo más justo. Si el abuso no prospera, la mejor opción empresarial es retirarse del negocio y no hacerlo más equitativo. Los negocios abusivos se organizan sabiendo de antemano

que sólo serán rentables si se impide que los jueces los modifiquen o los integren con estipulaciones más equitativas.

La intervención judicial es un riesgo enorme para los empresarios inescrupulosos. Nuevamente acierta el Profesor Kessler cuando, tantos años atrás, señalaba que los contratos de seguros son realmente ingeniosos al momento de diseñar cláusulas cuya única finalidad es evitar la intervención jurisdiccional. Las grandes corporaciones que siempre lideran el mercado saben que el mayor riesgo que corren sus negocios es caer en manos de jueces dispuestos a hacer justicia. Las condenas en los países desarrollados suelen ser contundentes y ejemplificadoras.

Un abismo cultural nos separa de esas realidades. (41)

iii) El control de legalidad. Finalmente, como dato alentador, el art. 989 trae otra novedad que si bien era más o menos aceptada por la jurisprudencia, ahora es incluida en la ley. Nos referimos a la facultad que tienen los jueces de examinar la legalidad de los acuerdos que previamente han sido visados por la respectiva autoridad de aplicación.

Para Muguillo, la aprobación administrativa de algunos contratos (p.ej., de seguros o de tarjetas de crédito) no otorga un bill de indemnidad al contrato, por lo que cuestionado éste, queda sometido al control judicial y en caso de decretarse la nulidad de alguna cláusula, el tribunal deberá integrar el contrato si en virtud de esa anulación no pudiere el contrato cumplir con su finalidad. (42)

De todas estas cuestiones se ocupa el art. 989 CCyC. Es, pensamos, una norma trascendental que tendrá fuerte impacto en el ordenamiento legal, siempre y cuando los magistrados asuman la responsabilidad de usar las facultades que el legislador puso a su disposición.

Referencias Bibliográficas:

(15) Once their practical utility was proven, they were made use of in other lines of business. It is highly probable that the desire to avoid juridical risks has been a motivating factor in the widespread use of warranty clauses in the machine industry limiting the common law remedies of the buyer to breach of an implied warranty of quality and particularly excluding his right to claim damages.¹⁰ The same is true for arbitration clauses in international trade. Standardized Contracts have thus become an important means of excluding or controlling the "irrational factor" in litigation. In this respect they are a true reflection of the spirit of our time with its hostility to irrational factors in the judicial process, and they belong in the same category as codifications and restatements.

(Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018).

(16) Es necesario establecer algunas precisiones acerca del fenómeno que se regula. El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. En este caso hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo. El campo de aplicación, además de la contratación de consumo, es aquel que presenta situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 291.

(17) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 292.

- (18) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080.
- (19) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, N° de Recurso: 1410/2004, N° de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, Tipo de Resolución: Sentencia.
- (20) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1,02/04/2009, N° de Recurso: 1410/2004, N° de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, Tipo de Resolución: Sentencia
- (21) Citar: STS 185/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, N° de Recurso: 1410/2004, N° de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, Tipo de Resolución: Sentencia.
- (22) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080
- (23) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, N° de Recurso: 1410/2004, N° de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ, Tipo de Resolución: Sentencia.
- (24) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080
- (25) Ley 26.687, Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco, Sancionada: Junio 1 de 2011, Promulgada: Junio 13 de 2011.
- (26) Encuesta Mundial de Tabaquismo en adultos, 2012, Argentina,
http://www.msal.gob.ar/ent/images/stories/vigilancia/pdf/2013-09_encuesta-tabaquismo-adultos-25-junio.pdf, Captura: 20-06-2018.

- (27) Encuesta Mundial de Tabaquismo en adultos, 2012, Argentina,
http://www.msal.gob.ar/ent/images/stories/vigilancia/pdf/2013-09_encuesta-tabaquismo-adultos-25-junio.pdf, Captura: 20-06-2018.
- (28) The data show that consumers are aware of some contract terms but not others. For example, new car buyers know that the warranty does not last forever; that they cannot get a new car if the sound system is out of tune; and that they must take the car to an authorized dealer for service. On the other hand, it is less clear that consumers would expect their mortgage to have a prepayment penalty term or a forum selection clause requiring them to sue in a distant jurisdiction. Therefore, disclosure regulation would use consumers' limited cognitive capacities more efficiently if it directed consumers' attention to terms such as these that have two key features: they are unknown to many consumers; and they disadvantage the consumers. Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 551, Captura: 28-12-2017
- (29) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, T II, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 4.
- (30) Shina, Fernando, E., Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 157.
- (31) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080
- (32) Rezzónico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predisuestas, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 481
- (33) Rezzónico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas..., p. 481
- (34) Rezzónico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas..., p. 481.
- (35) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080.
- (36) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080.

(37) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, T II, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 5.

(38) Stiglitz, Rubén, S., El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Revista Derecho Privado. Año 2, N° 4. Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080

(39) Alterini, Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001

(40) Boggiano, Antonio, Contratos por adhesión a condiciones generales, Buenos Aires, La Ley, 9-08-2017

(41) The standard clauses in insurance policies are the most striking illustrations of successful attempts on the part of business enterprises to select and control risks assumed under a contract. The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called "juridical risk", the danger that a court or jury may be swayed by "irrational factors" to decide against a powerful defendant. Ingenious clauses have been the result. Once their practical utility was proven, they were made use of in other lines of business. It is highly probable that the desire to avoid juridical risks has been a motivating factor in the widespread use of warranty clauses in the machine industry limiting the common law remedies of the buyer to breach of an implied warranty of quality and particularly excluding his right to claim damages.

(Kessler, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018)

(42) Muguillo, Roberto, Contratos civiles y comerciales..., p.69.

(43) Ver Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, Captura: 28-12-2017

(44) In one study tracking the Internet browsing behavior of 45,091 households on sixty-six online software sites, Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, and David Trossen found that "only one

or two out of every thousand retail software shoppers chooses to access the license agreement, and those few that do spend too little time, on average, to have read more than a small portion of the license text. (Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 547).

(45) El Restatement (Second) of Contracts, Section 211,1981, admite esta solución cuando, al regular sobre contratos predispuestos dice: "Cuando el adherente a un contrato predispuesto firmó o de cualquier modo prestó consentimiento al acuerdo, entiende, de buena fe, que ese contrato es similar a otros ya utilizados de manera frecuente y regular. Es por ello que el adherente queda sujeto a todos los términos incluso queda obligado al cumplimiento de aquellas cláusulas que no leyó no comprendió al prestar su consentimiento.aquellos puntos que no hubiera leído o no hubiera comprendido cabalmente las estipulaciones predispuestas por el estipulante..."(45)(...Standardized Agreements: (1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. (2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

(46) We capture these features in the phrase "term optimism," which exists when consumers expect a contract to contain more favorable terms than it actually provides. (Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p 551)

(47) De Lorenzo, Miguel F., *El código de la prevención*, Buenos Aires, La Ley, 08/06/2016, Citar online: AP/DOC/386/2016.

(48) Sobrino, Waldo, *Seguros y el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2018, T 1, p 513

(49) *Lewis v. Great W. Ry.*, (1860) 157 Eng. Rep. 1427 (L.R. Exch.) 1430 (Bramwell, B.); 5 H. & N. 867, 874.

(50) It would be absurd to say that this document, which is partly in writing and partly in print, and which was filled up, signed, and made sensible by the plaintiff, was not binding upon him. A person who signs a paper like this must know that he signs it for some purpose, and when he gives it to the Company must understand that it is to regulate the rights which it explains. I do not say that there may not be cases where a person may sign a paper, and yet be at liberty to say, "I did not mean to be bound by this," as if the party signing were blind, and he was not informed of its contents. But where the party does not pretend that he was deceived, he should never be allowed to set up such a defence.

(Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 549).

(51) *McKenna v. Metropolitan Life Insurance Co.*, 126 F. App'x 571, 574 (3d Cir. 2005).

(52) Contract law addresses the no-reading problem with the duty to read doctrine. Under this doctrine, parties are taken to agree to terms that they had the opportunity to read before signing. 10 The doctrine "creates a conclusive presumption, except as against fraud, that the signer read, understood, and assented to (the) terms." The presumption has long been justified as a necessary attribute of contracting regimes grounded in both efficiency and equity. (Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 548).

(53) En sentido coincidente Ian Ayres sostiene que: Part II presents a simple model of consumer contracting based on expected but unread seller terms. We explore equilibria in which sellers protected by the duty to read doctrine underprovide information

about the terms of an agreement. In the model, uninformed consumers with pessimistic expectations about the terms they face may reject utility-maximizing contracts while uninformed consumers with optimistic expectations may accept utility-minimizing contracts. Firms have an incentive to cure pessimism because it costs them sales, but they lack an incentive to cure optimism because it induces excess demand.

(Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 554).

(54) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, p. 207.

(55) En líneas generales ese es el pensamiento del autor Ian Ayres que hemos seguido en este ensayo. Instead of promoting informed consumer assent through quixotic attempts to have consumers read ever-expanding disclosures, this Article argues that Consumer protection law should focus on "term optimism"-situations in which consumers expect more favorable terms than they actually receive. We propose a system under which mass-market sellers are required periodically to engage in a process of "term substantiation" through which sellers would learn whether their consumers held accurate beliefs about the terms of their agreement. Terms that meet or exceed the median consumer's expectation would be enforceable even if buried or only available on request. (Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 545)

(56) Recent evidence contests this assumption. Consumers also learn about the deals they make from visiting firms, their experience with similar deals, discussions with friends, their observation of other consumers' purchasing choices, and reading consumer reports. (Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 550).

(57) Los datos estadísticos que se ofrecen fueron tomados de: <http://www.cacce.org.ar/>.

(58) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial..., p. 509

(59) The read-all-the-terms project is both normatively unattractive and descriptively unattainable. The metagoal of contract formation policy is to make party assent real. The law of contractual assent, we argue, best implements this goal by permitting firms to enforce even poorly disclosed or hidden terms if consumers expect and understand what those terms do while regulating only those terms that consumers incorrectly believe are more favorable to them than they actually are. Our scheme thus flips the traditional notion of the duty to read on its head.

(Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 552).

(60) Ayres describe esta característica como el optimismo que hace se le asigne a una cosa calidades que en realidad no tiene.

We capture these features in the phrase "term optimism," which exists when consumers expect a contract to contain more favorable terms than it actually provides.²¹ A consumer thus would be term optimistic if she believed that her homeowner's insurance policy covered damage from flooding when the policy actually excluded flood damage. Regulation should attempt to make this exclusion salient but ignore terms of which consumers are aware.

(Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 551).

(61) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 71.

(62) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 157

(63) Shina, Fernando E., Tutela judicial del consumidor, Buenos Aires, 20XII Grupo Editorial, 2017, p. 19.

(64) Shina, Fernando, E., Sistema legal..., p. 36.

(65) La Constitución Nacional ha sido una fuente normativa muy poco utilizada por el Derecho Privado, durante un largo período histórico. Los autores civilistas y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código

Civil. Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, en las últimas dos décadas, en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional. Esta costumbre no ha sido generalizada, ya que, en el sistema anglosajón, los autores y los jueces invocaron reglas constitucionales para decidir cuestiones de responsabilidad civil con mucha frecuencia. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001)

(66) De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, diario del 15-11-2017

(67) De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, diario del 15-11-2017

(68) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 180

(69) Few television commercials for alcohol end with the protagonist slumped unconscious on the couch, falling off a bar stool, or driving a car into a telephone pole. To the contrary, as many of us have experienced, advertising writes a very different narrative: that purchase and consumption of the advertised beverage will make one more attractive, expand one's social circle, and yield unbridled happiness. It is a story that, the advertiser hopes, will inspire consumers to choose its beverage during the next trip to the store; in this vein, the true protagonist of the commercial is the brand. Marketing scholars and, to a lesser extent, trademark scholars have increasingly viewed advertising and branding through the lens of literary theory, recognizing that consumers interpret communications about a product using many of the same tools that they use to interpret other kinds of texts. But this lens has not been similarly focused on an important counternarrative: the warning or disclaimer (such as "Caution: This product may contain nuts" on a candy bar or "Not authorized by Starbucks" on a poster that uses the chain's logo to humorous effect). While all forms of branding, advertising, and marketing are ways of communicating information about a product to consumers, warnings and disclaimers are a special kind of

communication: unadorned, declarative statements purportedly meant to cause a consumer to act in a particular way or reach a specific cognitive result. They are counternarratives both in the voice they adopt—less emotional, more stentorian—and in the message they communicate. But narratives they remain. (Heymann, Laura A. (2010) "Reading the Product: Warnings, Disclaimers, and Literary Theory," *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 22: Iss. 2, Article 7. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol22/iss2/7>, p. 394, Captura: 2-06-2018).

(70) Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001.

(71) Art. 8 LDC. Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

En congruencia con esta norma de la ley especial, el art. 1103 del CCyC dispone: Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

(72) Shina, Fernando, E., *Sistema legal...*, p. 49.

(73) Alterini, Atilio Aníbal, *El consumidor en la sociedad posmoderna*, Buenos Aires, La Ley, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, Cita Online: AR/DOC/10407/2001

(74) Lorenzetti, Luis, *Consumidores...*, p 155.

(75) Karl Llewellyn, 1893 – 1962, Yale Law School, Columbia Law School, Chicago Law School.

(76) Karl Llewellyn's early analysis of the form contract problem is emblematic of the former (substantive third-party review) approach: Instead of thinking about "assent" to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all.

What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms. The fine print which has not been read has no business to cut under the reasonable meaning of those dickered terms which constitute the dominant and only real expression of agreement, but much of it commonly belongs in. In Llewellyn's view, the "true answer to the whole problem" of form Contracts is to delegate to courts the tasks of assessing as a substantive matter whether particular terms are "unreasonable or indecent" and whether any such terms undercut the reasonable meaning of the dickered Terms. (Ayes, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 556).

(77) ...a court should refuse enforcement of the term if the firm knew or should have known that the reasonable consumer would not expect it...

(Ayes, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 556).

(78) Professor Douglas Kysar is Joseph M. Field '55 Professor of Law at Yale Law School. His teaching and research areas include torts, environmental law, climate change, products liability, and risk regulation. He received his B.A. summa cum laude from Indiana University in 1995 and his J.D. magna cum laude from Harvard Law School in 1998. He has published articles on a wide array of environmental law and tort law topics, and is co-author of two leading casebooks, *The Torts Process* (9th ed. 2017) and *Products Liability: Problems and Process* (8th ed. 2016).

(79) Esta es la convergencia que nos interesa resaltar: ya no es discutible que el sistema de culpa subjetiva ha sido desplazado por un sistema de responsabilidad que se basa en factores objetivos de atribución y en eximentes de responsabilidad cada vez más acotadas. Es evidente, pensamos, que nos estamos acercando a un sistema que

tiende a lograr la reparación de todos los daños injustamente padecidos (Shina, Fernando, Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho, Buenos Aires, SAIJ, 18-O5-2018, Citar: SAIJ: DACF 180093)

(80) As Professors Montgomery and Owen observe, in such cases "the consumer may have at most only a generalized expectancy-perhaps more accurately only an unconscious hope-that the product will not harm him if he treats it with a reasonable amount of care. ' 62 To the extent that consumer attitudes do take this simplistic form ("I expect not to be harmed by a product"), then the consumer expectations test threatens to become in practice the very standard of absolute manufacturer liability that no American jurisdiction has appeared ready to accept. An altogether different objection to the consumer expectations test is that the doctrine too easily can work against plaintiffs under circumstances in which defendant liability might further the instrumental goals of products liability law. For instance, because consumer expectations generally derive from impressions of the existing state of the product marketplace, safety demands of consumers may lag behind technological improvements in product design whose absence under risk-utility balancing would subject a manufacturer to liability.

Kysar, Douglas A., "The Expectations of Consumers" (2003). Faculty Scholarship Series. Paper 384, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/384, p. 1716, Captura: 31-05-2018.

(81) § 211. Standardized Agreements: (1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. (2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he

knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

(82) Eric Zacks is an associate professor of law at Wayne State University Law School. His scholarship focuses on modern consumer contracting practices and the relevance of behavioral and cognitive sciences to the legal and social construction of contract formation, breach and enforcement. His work has been published in many law reviews and journals, including the University of Pennsylvania Journal of Business Law, Florida State University Law Review, Journal of Corporation Law, University of Cincinnati (Law Review, Marquette Law Review, Penn State Law Review and William & Mary Business Law Review. <https://law.wayne.edu/profile/en7490>, Captura: 3-06-2018.

(83) Section 211(3) provides relief from particular contractual Terms on a one-off basis, without invalidating the contract as a whole.¹⁰³ Despite concerns about the amount of judicial discretion and activism promoted by section 211(3), however, the standard for refusing to enforce terms is extremely high.¹⁰⁴ Section 211 only refuses enforcement of particular terms if the consumer would have refused to sign the contract if such terms were known. Obviously, this is a very high standard, as any and all unfavorable terms included in a standardized consumer contract will be enforceable unless a consumer would have walked away from the transaction if such terms were known ahead of time. This leaves a safety valve for adjudicators only in the most egregious of instances, such as when terms are particularly “bizarre. Zacks, Eric, A., *The Restatement (Second) of Contracts* § 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts, 7 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 733 (2016), <http://scholarship.law.wm.edu/wmbl/vol7/iss3/4>, p. 760-761).

(84) Art. 38 LDC. Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando

dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido. Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Asimismo, deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: “Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.

Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras

por Fernando E. Shina

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF180181

[Consultado el: 01/02/2022]

A. La universalidad de la ley 24.240.

1) Introducción. La simple lectura del art. 1 de la LDC alcanza para comprender que la ley de defensa del consumidor es un estatuto con la pretensión universalista de incluir y beneficiar a la mayor cantidad de personas posibles.

En nuestra opinión, no se trata de una ley diseñada para proteger a los usuarios y consumidores sino que debemos entender que ese sentido proteccionista sobrepasa el interés particular de los consumidores como clase y adquiere un sentido social. La ley 24.240 es, en definitiva, una ley de protección de la sociedad de consumo.

Una sociedad de consumo es un inmenso conglomerado humano que describe una organización, de tipo capitalista, cuya característica central es el consumo masivo de los bienes y servicios (demanda) que masivamente se producen (oferta) para ser comercializados libremente; es decir: con la menor intervención oficial (mercado).

A pesar de que el empresariado nacional, siempre corto de iniciativas y muy poco competitivo, siempre vio a la LDC como una nefasta manifestación del Estado reglamentario que, al proteger a los

consumidores de los bienes y servicios (ByS), inevitablemente iba a perjudicar al sector de la producción.

Esa mirada corta, que aún conservan algunos doctrinarios, impide comprender que la Ley de Defensa del Consumidor tiene una finalidad que excede el proteccionismo individual y no se agota en evitar individualismos inevitables. Se trata, por el contrario, de una ley fundamental que regula las complicadas relaciones de la oferta y la demanda de ByS y su distribución en el mercado en los términos más libres y más equitativos que sea posible. Las leyes que regulan las relaciones de consumo son indispensables en todos los ordenamientos jurídicos porque los Estados organizados necesitan que exista un equilibrio sustentable entre quienes producen y quienes consumen los bienes y servicios que circulan en el mercado. Se calcula que, a nivel mundial, cerca de 2 mil millones de personas (aprox. el 30% de la población mundial) gastan en sus consumos aproximadamente U\$ 20 mientras que alrededor de 4 mil millones de personas pasan su jornada con apenas 2 dólares (aprox. el 55% de la población mundial) (2).

Esto quiere decir, sin que sea razonable oponer mayores debates, que el problema no es de consumo sino de falta de consumo o de falta de acceso al consumo, situación que aún padecen miles de millones de personas en la aldea global. Entre nosotros, Lorenzetti, tiempo atrás, reflexionaba acertadamente: Hemos señalado que la cuestión del paradigma del acceso es trascendente en la reformulación del Derecho Privado. El funcionamiento del mercado actual presenta una falla estructural, puesto que es incapaz para satisfacer a un grupo de gente que queda excluido, cuya magnitud es variable. Esa falla produce uno de los problemas centrales del orden económico nacional y global: se producen riqueza y bienes, pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos (3).

Es por estas razones que la ley de defensa del consumidor asume una condición universal y de orden público: el consumo de ByS es mucho más que un contrato o una relación entre proveedores

y consumidores; se trata de una cuestión de Estado. Las leyes intervencionistas, como la que estamos examinando, buscan templar estas asimetrías atroces, antes que beneficiar a grupos particulares.

El sentido universal de la LDC tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato, rompiendo de esta forma con una regla ancestral: el efecto relativo de los contratos establecido en el art. 959 CCyC (4).

2) El tercero expuesto a la relación de consumo (El bystander). No podemos referirnos al principio de la universalidad del derecho del consumidor sin hacer un recorrido evolutivo por las distintas normas -vigentes, modificadas y derogadas - que participaron en la formación y actual vigencia de la figura del tercero expuesto a la relación de consumo.

En primer lugar, nos sentimos obligados a señalar que el sujeto expuesto es una de las instituciones jurídicas más importantes de nuestro ordenamiento y que, muy lamentablemente, el legislador reformista, seguramente presionado por muy poderosos grupos de la economía real (Compañías de seguros, particularmente) hizo enormes esfuerzos por aplazarla.

El bystander es, ni más ni menos, un sujeto que sin ser parte de un contrato de consumo está expuesto a las consecuencias de ese contrato celebrado entre terceros; la sola condición de estar expuesto a esa contratación ajena le da derechos que puede invocar.

En suma; el bystander hace trizas el efecto relativo de los contratos al permitir que quien no es parte invoque derechos propios de los contratantes. En sus días de doctrinario, Ricardo Lorenzetti sostenía sin filtros: El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al mayorista, al titular de la marca, que han celebrado contrato alguno

con el consumidor. (5) El tercero expuesto ni siquiera es el consumidor directo o indirecto; es un tercero ajeno al contrato que, sin embargo, tendrá el mismo derecho a la indemnidad que tiene el contratante.

3) Las normas en juego. Antes de meternos de lleno en el tema, es necesario pasar rápida revista por las normas, vigentes y derogadas, relacionadas con este sujeto que, indistintamente, vamos a llamar tercero expuesto o bystander.

a.-El art. 1 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361;

b.- El art. 1 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.994;

c.-El art. 1094 del Código Civil y Comercial.

d.- El art. 1096 del Código Civil y Comercial.

4) El art. 1 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361. Esa norma establecía una formulación muy amplia para definir el universo de sujetos que debían ser considerados usuarios o consumidores. El texto legal, en su segundo párrafo, disponía: Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

La universalidad de esta norma impedía que hubiera una relación jurídica que no fuera, en simultáneo, una relación de consumo. En su momento, la doctrina nacional intentó explicar la extensión -admitimos que un poco exagerada- de la norma desarrollando argumentos de tipo constitucional. Así, se sostuvo que: "El art. 42 de la Constitución Nacional, se refiere a los derechos de los consumidores y usuarios en la relación de consumo. Entendemos que

es lo correcto, pues la tutela no va dirigida a un sector de la población, sino a toda persona que halle en ese supuesto"(6).

Pero, más allá de los entusiasmos y las exageraciones iniciales que esta figura suscitó en la doctrina, lo cierto es que la noción de tercero expuesto estuvo desde sus orígenes destinada a romper las fronteras estrechas del contrato para llenarlo de contenido social. En nuestra opinión, el texto constitucional adopta esta expresión no porque dude de que existe un contrato, ya que hay una oferta y una aceptación, sino para referirse, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios...La ley 26.361, con criterio amplio, incorpora la expresión 'relación de consumo'...(7).

A pesar de la aparente exageración del texto no estamos seguros de que la norma, aún bajo esa formulación extrema, estuviera equivocada. De lo que sí estamos seguros es que aquel enunciado era mejor que el actual.

Más allá de afinidades personales, la figura del tercero expuesto nunca fue bien vista por buena parte de la doctrina nacional y, mucho menos, por los poderosos proveedores de bienes y servicios (particularmente las aseguradoras). Estos grupos siempre pensaron que la norma marcaba un avance en materia de responsabilidad que tarde o temprano los iba a perjudicar.

No caben dudas que la inclusión de un sujeto abstracto denominado 'expuesto a la relación de consumo' aumenta los límites en los que se desarrolla la teoría general de la responsabilidad porque incrementa -y mucho -las posibilidades de que las víctimas de accidentes tramiten un reclamo contra sujetos que, en principio, no tienen ninguna vinculación jurídica. Por otra parte, la exposición a un relación de consumo en rigor no constituye ninguna regla de legitimación, legitima a todos frente a un daño cuya causalidad se

acredite ocasionada por algún objeto, actividad o cosa que pueda ser denominada producto; claro está sin que se tal término encuentre precisión en alguna fuente del sistema jurídico (8).

Tiene razón Santarelli, la noción de tercero expuesto, dada su extensión, legitima a un amplio universo de sujetos para que sean titulares de eventuales acciones de responsabilidad contra proveedores de bienes y servicios.

Sin embargo, esto no obedece a una mera exageración legislativa porque no puede soslayarse que uno de los pilares que sostiene a esta rama del derecho es, justamente, facilitar el acceso a la justicia de los usuarios. Y, por añadidura, facilitar también la reparación de los daños con independencia de que exista una responsabilidad contractual o extracontractual.

La tutela real de los derechos fundamentales del consumidor exige la reparación de los daños, con fundamento en el principio genérico de no dañar a otro.

En días que hoy parecen muy lejanos, pero que no lo son tanto, el jurista Lorenzetti expresaba un pensamiento que merece ser analizado: El principio genérico de no dañar a otro tiene rango constitucional, conforme lo ha señalado la doctrina en forma coincidente. Esta afirmación tiene una gran importancia en dos aspectos los ámbitos de responsabilidad y la tipicidad....(9). Desde luego, coincidimos con el autor y pensamos que las víctimas de accidentes de tránsito también son beneficiarias del derecho genérico a no ser dañadas.

Lorenzetti avanza con esta idea sosteniendo: Esta mudanza responde a la necesidad de dar respuesta a nuevos intereses merecedores de tutela, con lo cual la responsabilidad dejó de girar alrededor del acto ilícito para admitir progresivamente la regla de que se responde cada vez que se lesiona un interés merecedor de protección...(10). Volvemos a coincidir con esta reflexión; y, en ese

orden, pensamos que la figura del bystander, precisamente, unifica los ámbitos de responsabilidad en torno a la noción de un daño injustamente padecido y que, como tal, merece tutela y resarcimiento.

El citado autor culminaba su idea señalando que, La aplicación del principio genérico de no dañar a otro como cláusula general de responsabilidad, la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, la admisión de actos ilícitos atípicos, el resarcimiento de los nuevos intereses individuales y colectivos, son reglas apropiadas en la responsabilidad extracontractual en el derecho del consumo (11).

Esto es, exactamente, lo que justificaba la amplitud del universo de sujetos tutelados que proponía la figura del tercer expuesto: la indemnización basada en el deber genérico de no dañar y en una ilicitud atípica que obliga a las compañías de seguros a ofrecer el resarcimiento a las víctimas del accidente. Esto último, desde luego, sin perjuicio de la acción de regreso que siempre conservarían para repetir lo pagado de su propio cliente si la repetición fuera procedente.

5) El bystander y el mayor acceso a la justicia. Por otra parte, y en adición a argumento desarrollado en el antecedente, cabe agregarse que el verdadero acceso a la justicia consiste en, no solo permitir que el usuario se queje sino alentarlo, desde el Estado, a que lo haga.

La organización internacional de Naciones Unidas sostiene que es inherente al derecho del consumidor la creación, por parte de los Estados, de procedimientos -judiciales y administrativos - que faciliten y estimulen los reclamos de los usuarios. En ese sentido, las Directrices para la para la protección del consumidor, tanto en su primera formulación del año 1985 como en la última reforma del pasado mes de julio de 2015, sostienen la necesidad de aceptar los mecanismos públicos para hacer reclamos apropiados.

Así, en el punto F. n° 37 en el acápite denominado Solución de controversias y compensación, se establece: Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos.

Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja. Los Estados Miembros deben facilitar a los consumidores el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego y que, al mismo tiempo, no impongan cargas excesivas o indebidas a la sociedad y las empresas (12).

La directiva de Naciones Unidas es clara: los Estados deben asegurar el acceso de los consumidores a la justicia, facilitar los reclamos y ampliar la base para que las víctimas obtengan indemnizaciones.

Es clave para la buena marcha de las relaciones de consumo que existan muchas quejas de usuarios enojados y procedimientos ágiles que las contengan. El instituto del bystander va en esa dirección; en definitiva, todos sus secretos se resumen en la creación de una hiperbólica legitimación activa para efectuar reclamos. Por supuesto que la hipérbole podía limitarse aplicando los principios generales del derecho, tales como el abuso de derecho o la buena fe. No era necesario derogar la norma; era suficiente que se aplicara con equilibrio y coherencia dentro del ordenamiento jurídico. Pero, lo cierto es que las corporaciones empresarias más poderosas no querían

- y no quieren - ni oír hablar del tercero expuesto a la relación de consumo como sujeto de derecho. El legislador reformista cumplió con obediencia ese reclamo.

6) El art. 1 de la Ley de defensa del consumidor luego de la reforma de la ley 26.994. Luego de la reforma de la ley 26.994, el segundo párrafo del art 1 de la LDC quedó redactado así: Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La irreductible maquinaria del lobby empresario -en complicidad con el progresismo apócrifo y regresivo de cierta escuela - borró de un plumazo la última oración del art. 1 de la LDC que incluía, como sujeto consumidor, al tercero expuesto a una relación de consumo. Fin del bystander. ¿Fin del bystander?

7) Los casos dudosos. Antes de seguir adelante con nuestro desarrollo, vale la pena recordar que en el derecho del consumidor las dudas siempre se resuelven en el sentido más favorable al consumidor. Ese principio general, que originariamente estaba contenido en el art. 3 de la LDC fue reforzado por el art. 1094 del CCyC que dispone: Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Por lo tanto, si en un caso concreto existieran dudas acerca de si un sujeto es un tercero o un consumidor se deberá optar por asignarle la condición de usuario. La idea de protección del sujeto es más próxima a la Constitución Nacional que aquella que la restringe o anula; por eso, la duda -fáctica o normativa - siempre beneficia al usuario o consumidor: El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de

Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aún derogatorios de normas generales (13).

El Derecho del consumidor ha logrado una centralidad protagónica dentro de nuestro ordenamiento jurídico y el código Civil y Comercial, a pesar de algunos yerros, asume esa centralidad. Por eso pensamos que la eliminación del bystander, o su confusa limitación, marca un inaceptable retroceso de esa tendencia tan saludable.

8) El bystander en el nuevo Código Civil y Comercial. A pesar de que la figura del tercero expuesto quedó severamente debilitada luego de la modificación que le impuso la ley 26.994, el bystander aún subsiste en nuestro ordenamiento.

El Libro III, Título III, Capítulos 1 a 4, artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial regula los contratos de consumo y entre allí incluye una nueva versión del bystander. Resulta esclarecedor, para entender la regresión que este instituto tuvo, analizar detenidamente los fundamentos ofrecidos la Comisión Redactora en ocasión de presentar el anteproyecto del que sería el Código unificado hoy vigente.

Al referirse al contrato de consumo y particularmente al sujeto consumidor que la ley debe proteger, la Comisión Redactora expone una larga reflexión que vamos a fraccionar en cuatro apartados para facilitar su comprensión:

a.- Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor (14). En primer lugar, para la Comisión legislativa, la figura del tercero expuesto llega a nuestro

derecho a partir de la experiencia del Código de Consumo de Brasil. Nuestro derecho lo incluye sin limitaciones equiparando al bystander con el consumidor. Es decir: para nuestro derecho, en su primera versión (Ley 26.361) existía una absoluta identidad entre el tercero expuesto y el sujeto directo del acto de consumo.

b.- Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable (15). La Comisión interpreta que esa confusión entre el sujeto de consumo y el sujeto expuesto al acto de consumo se debió a una mala traducción del art. 29 del Código de consumo brasileiro.

c.- En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud (16). En este apartado queda claramente establecido que nuestros legisladores no comparten el criterio amplio que la Ley

26.361 le había dado al bystander vernáculo. El temor de la Comisión era que esa universalidad de la noción de 'consumidor' convirtiera a todos los sujetos en eventuales usuarios y consumidores amparados por una legal netamente proteccionista, de orden pública y de marcada intervención oficial. Para los redactores del Código esta amplitud resultaba incompatible con un sistema legal más equilibrado.

d.-Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como

fuelle el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable (17). Finalmente, en un párrafo de antología, la Comisión revela cuáles fueron los verdaderos motivos que la llevaron al aplazamiento de la figura del tercero expuesto: privilegiar a las compañías de seguros aún al costo de perjudicar a millones de víctimas de accidentes. Ese y no otro fue el motivo de la restricción del bystander tal como lo habíamos conocido a partir de su creación por la Ley 26.361. Es vergonzoso, pero cierto.

Vamos a analizar los aspectos más relevantes de estas reflexiones que son, ni más ni menos, los antecedentes más directos que hay sobre las nuevas normas.

a.-La definición de consumidor y los recursos idiomáticos. En primer lugar, la Comisión Redactora explica el artículo el art. 1 de la LDC, luego de la modificación de la ley 26.361, ofrecía una definición excesivamente amplia del universo integrado por los usuarios y consumidores. Hay en ello una posición ideológica que puede ser compartida o rechazada. No estamos de acuerdo con la propuesta restrictiva del reformista y mucho menos con los argumentos que se ofrecieron para concretar esa modificación tan regresiva para los derechos del consumidor. Veamos esta cuestión más detenidamente. Para la Comisión Redactora del CCyC la excesiva amplitud que había asumido la figura del tercero expuesto se debió, no a una cuestión de política legislativa del anterior legislador, sino a una traducción defectuosa del artículo 29 del Código de del Consumidor de Brasil. (...Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general...).

De acuerdo a este peculiar argumento, luego de varios años de vigencia de la figura del bystander (Ley 26.361) nos venimos a enterar que todo el revuelo que este instituto había ocasionado no se debía a su concepción revolucionaria de la teoría contractual clásica

sino a un defecto de traducción idiomático. Esta idea es, además de frágil en su contenido, un tanto cínica porque intenta disimular los verdaderos motivos que determinaron la restricción de la figura que estamos analizando.

El art. 1 de la LDC, en su versión más amplia, era una norma buena. Su intención era lograr que un mayor número de personas recibieran los amparos de una ley que protege a un sujeto colectivo que es universal. El art. 1 de la LDC protegía a todos los ciudadanos del mercado expuestos al consumo y no hay en esa concepción un error de traducción o una exageración legislativa, sino una lectura sociológica distinta.

En sus días de notable jurista Lorenzetti, explicaba con entusiasmo las bondades del bystander: Debe interpretarse que se trata de personas que están expuestas, sin tener la finalidad de consumidor, incluyendo a las víctimas de un daño derivado de productos, de publicidades, de prácticas comerciales. En estos casos la relación de consumo es un hecho lícito o ilícito que está vinculado causalmente con un daño sufrido por una persona. De este modo se acepta una figura similar al bystander, como se lo conoce en el Derecho anglosajón (18).

El bystander es una persona que resulta ser víctima de una relación de consumo ajena, pero causalmente vinculada al daño que sufre. Esa es la clave de la figura del tercero expuesto: la relación causal entre el daño padecido y el hecho dañoso. Desgraciadamente, los reformistas dejaron de lado una regla jurídica básica: lo único importante a la hora de encender responsabilidades y repartir indemnizaciones es la vinculación causal entre el hecho dañoso y el daño padecido por la víctima (19).

El bystander, por más amplio que el concepto resultara para algunos juristas, es un sujeto que padece un daño antijurídico causalmente vinculado con la persona a quien dirige su reclamo.

b.- Los motivos reales que limitaron la legitimación del tercero expuesto. La Comisión Redactora del Anteproyecto del CCyC señalaba que en Brasil la figura del bystander se utiliza como una noción referida a las prácticas comerciales abusivas concretas y no como una noción general. Así, según lo explicara la Comisión Legislativa, el malentendido se ocasionó por un defecto en la traducción de las normas que rigen en Brasil (Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general)(20).

Ese tratamiento general fue, según la Comisión, el principal defecto de nuestro art. 1 de la LDC. Por eso dice: Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable... Por el contrario, nuestro art. 1 de la LDC no contenía esa limitación haciendo que la norma fuera de una amplitud insostenible. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud...(21).

Para nosotros esta argumentación no es sostenible porque, por más que el art. 1 de la LDC no lo dijera, no hay ni puede haber dudas acerca de que se refería a un sujeto que había padecido una práctica abusiva (antijurídica) que, además, estaba causalmente vinculada con el daño sufrido. Es una obviedad decir que nadie puede reclamar por un daño que no esté causalmente emparentado con un hecho. Sin relación causal entre el hecho y el daño no hay reparación ni en Brasil ni en Argentina. No es verdad que el problema del tercero expuesto propuesto en el viejo art. 1 de la LDC tuviera alguna relación con la traducción del código brasileiro. El dilema real no es idiomático, sino que recae sobre la extensión de la legitimidad activa que la ley les otorga a las personas para que ellas sean titulares de derechos. Nuestro legislador reformista quiso restringir esa legitimación y quitársela al tercero expuesto.

Una vez que descartamos que la restricción se haya debido a la intención del legislador de corregir error idiomático sólo nos resta descubrir el motivo real que motivó la decapitación del bystander propuesto por el art. 1 de la LDC. Y ese motivo es reconocido por el propio legislador: el bystander representaba una amenaza para las compañías de seguros.

En efecto, la modificación del art. 1 de la LDC se debió exclusivamente a la conveniencia de un poderoso sector empresario que ejerció la presión suficiente para lograr su objetivo. El propio legislador lo admite con una inocencia que nos sorprende muy negativamente: Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador (22).

A buen entendedor, pocas palabras.

Para nosotros, por motivos estrictamente jurídicos, nos parece razonable y justo que las víctimas de accidentes de tránsito tengan acción directa contra las compañías aseguradoras. Pero el punto no radica en la extensión del término consumidor sino en que atropellar a una persona es un acto dañoso y antijurídico que legitima la reacción jurídica de la víctima. En ese orden, cabe recordar que el artículo 1716 del CCyC dispone: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código".

En la nueva concepción de la reparación de daños, la fuente de la obligación indemnizatoria no surge de la condición de usuario sino del daño mismo. Fernando Ubiría explica muy bien esta situación que se acentuó a partir de la vigencia del código unificado: En suma, tal como propiciaba la doctrina, el daño se ha convertido en el 'núcleo' del sistema normativo de manera expresa, en su centro de gravedad,

pues por su intermedio se concreta la protección más completa posible de intereses que hacen a la dignidad del ser humano (23).

Para Lorenzetti la cuestión es todavía más aguda, pues concluye que la idea de daño, como núcleo de una remozada teoría general de la responsabilidad, ha modificado la noción de antijuridicidad: En cuanto a la tipicidad, se ha producido una mudanza relevante: de la antijuridicidad formal y típica, a la antijuridicidad material, y de allí a la introducción de una cláusula general de responsabilidad. Un análisis del derecho comparado muestra sistemas basados en una tipicidad rígida y otros prácticamente sin tipicidad, las diferencias se van diluyendo en el campo de las soluciones concretas (24).

La antijuridicidad material significa, ni más ni menos, que el daño es lo antijurídico y la obligación de no dañar una fuente de responsabilidad general.

Y, volviendo al tema que examinamos, no parece incierto sostener que la mejor manera de acceder a la reparación integral es permitir la posibilidad de que las víctimas de accidentes puedan demandar directamente a la compañía de seguros del tomador de la póliza. Ello, por más que el único vínculo jurídico y causalmente relevante entre el accidentado y la compañía de seguros sea el daño (25). Por más que, como es obvio, las compañías de seguros se opongan a perder este inusual e inexplicable privilegio que tienen en Argentina.

Además, tampoco debe olvidarse que el titular de un seguro (automotor) lo tomó precisamente para beneficiar a un tercero que no conoce y que, desde luego, es ajeno al contrato que celebra con la aseguradora.

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que el seguro automotor para cubrir eventuales daños causados a terceros es obligatorio conforme lo dispone el art. 68 de la ley 24.449. Este dato

no constituye una cuestión menor, pues solamente la existencia de un tercero expuesto a eventuales daños determina la obligatoriedad del seguro. Esto significa que sin ese tercero, al que el sistema determinó que hay que proteger, la obligatoriedad de este seguro perdería todo sentido.

No hay motivos reales que sirvan para explicar por qué una ley (24.449) establece que el contrato de seguro automotor es obligatorio para cubrir daños a terceros y luego no se le permite a ese tercero la legitimación activa necesaria para que exija el derecho que la ley le ha acordado.

En esa incongruencia incurre con preocupante obstinación la CSJ. Recientemente, esta terquedad quedó expuesta en el caso Díaz v Evangelista (12-06-2018) en cuyo considerando 9) el Tribunal dispuso que: El seguro obligatorio de responsabilidad civil para automotores tiene, como muchas otras instituciones jurídicas, una finalidad social que excede el interés individual de los particulares que se encuentran vinculados por el contrato de seguro. Ahora bien, una mera referencia a la "función social del seguro", tal como la que realiza la Cámara Civil en los fallos plenarios "Obarrio" y "Gauna" -en los que se funda la sentencia recurrida- no autoriza per se a los jueces a sustituir a las autoridades administrativas y declarar inoponible al damnificado la franquicia pactada entre aseguradora y asegurado cuando ella fue contratada de acuerdo con las normas emitidas por la Superintendencia (26). Esto significa que en nuestro sistema conviven simultáneamente una ley que le asigna derechos a las víctimas de accidentes y un criterio pretoriano que lo limita antojadizamente y que en muchos casos convierte a la ley 24.449 y al sentido común en letra muerta.

La concepción amplia del tercero expuesto que proponía el art. 1 de la LDC antes de la reforma le ponía fin a esa absurda situación tan perjudicial para las víctimas como conveniente para las compañías aseguradoras (27). Y ese fue el único motivo que determinó la reforma derogativa que la ley 26.994 le impuso a la figura

del tercero expuesto: mantener indemne el interés y la renta de las empresas aseguradoras.

9) Un bystander vaciado de contenido. Ahora sí veamos cómo quedó configurado el bystander criollo luego de las correcciones idiomáticas que le hizo la ley 26.994.

En primer lugar, vamos a examinar el artículo 1096 del CCyC que dispone: Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

La norma establece que los sujetos protegidos de las prácticas abusivas son: "todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no..." Sinceramente no se aprecia en esta fórmula alguna diferencia conceptual con lo que proponía el viejo art. 1 de la LDC cuando establecía que era consumidor quien: ... de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo....

Decir todas las personas expuestas a las prácticas comerciales es exactamente lo mismo que decir cualquier persona expuesta a una relación de consumo. No parece que la nueva traducción propuesta por el legislador sea verdaderamente superadora de la anterior. El art. 1096 del CCyC incluye el mismo universo de personas que incluía el modificado art. 1 de la LDC. La diferencia no hay que buscarla no en el universo de sujetos sino en las condiciones requeridas para que ese grupo pueda ser titular de una acción.

En ese orden, el artículo 1096 CCC dice que los expuestos a la relación de consumo tendrán acción si son afectados por informaciones insuficientes o publicidades engañosas. Esto significa que habrá bystander o tercero expuesto a la relación de consumo siempre que la cuestión involucre informaciones defectuosas o publicidades engañosas.

Por los motivos antes señalados (privilegiar a las compañías de seguros) se limitó la figura del bystander a las situaciones previstas en los artículos 1096 a 1103 del CCyC. Empero, los legisladores no explicaron por qué se protege a las personas contra los efectos nocivos de una publicidad engañosa que anuncia un desinfectante para baños y se le restringe la tutela a quien es atropellado por un automóvil.

En síntesis, bajo el nuevo sistema normativo el tercero expuesto existe pero el legislador quiso que su participación sea mucho más limitada; es decir, no quiso que entorpeciera los negocios de las aseguradoras que operan en el país. Empero, como hecho positivo hay que señalar que el bystander, como sujeto indeterminado y ajeno a la contratación directa de bienes y servicios, sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento. En el tópico siguiente se hará una propuesta doctrinaria tendiente a incorporar la acción directa de las víctimas de accidentes contra las aseguradoras.

B. La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras.

1) Introducción. A pesar de lo dicho en los tópicos anteriores, vamos a formular una idea para solucionar la enorme injusticia que supone que las víctimas de un accidente de tránsito no tengan acción directa contra las aseguradoras. Para ello, y con dosis equivalentes de convicción y optimismo, vamos a proponer una interpretación innovadora del art. 1027 del CCyC. Esta norma, según pensamos, le abre las puertas a la acción directa que proponemos.

Esta interpretación, que sin dudas favorece a las personas que sufrieron accidentes de tránsito, debería ser receptada favorablemente en los tribunales porque está basada en los siguientes fundamentos:

a. Es congruente con el art. 1 del CCyC, en tanto respeta la mayor cercanía que los usuarios y consumidores tienen a la Constitución Nacional y, sobre todo, la mayor cercanía que las

víctimas de accidentes de tránsito tienen a los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Como bien señalaba Lorenzetti unos años atrás: La responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: "de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización" del "daño a la propiedad" al "daño a la persona", del daño individual al daño colectivo, de la reparación a la prevención (28);

b.- También es congruente con el art. 2 del CCyC en tanto se protege a la persona y sus derechos fundamentales por sobre otros derechos, también de rango constitucional, pero de menor jerarquía. Esta interpretación armónica de los derechos en juego es compartida por buena parte de la doctrina vernácula. Lidia Garrido, por caso, postula que: El Código Civil y Comercial toma muy en cuenta los tratados en general y en particular los de derechos humanos y todos los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Se establece así una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado, situación ampliamente reclamada por la doctrina argentina, como ya lo hemos expresado. Se protege a la persona humana y los intereses de incidencia colectiva a través de los derechos fundamentales que son reflejados en normas particulares. Se receptan ciertos valores y principios, como el de la constitucionalización del derecho privado, el respeto a una sociedad multicultural, la ética de los vulnerables y el paradigma no discriminatorio (29).

c.- La interpretación del art. 1027 que proponemos también es congruente con la regla de progresividad de los derechos fundamentales. Ello así porque la figura del tercero expuesto estaba regulada en forma amplia en el ordenamiento y aceptada favorablemente por los tribunales, razón por la cual la modificación del art. 1 de la LDC no implica el aplazamiento o la regresión de un derecho que afecta directamente a la persona.

En ese orden de ideas, Sahián sostiene que: Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la de "no regresividad" o "prohibición de retroceso", en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los tratados de derechos humanos (30).

Es que, como dice este autor, la reducción o restricción de derechos asignados a la persona (como lo era el reconocimiento de la figura del tercero expuesto como titular de derechos) es contraria a la política que deben seguir los Estados que, como el argentino (art. 75, inc. 22 CN), asumen compromisos internacionales con los DDHH (31).

2) El art. 1027 CCyC y la teoría general del contrato. La norma que vamos a examinar y de la que aún la doctrina no se ha ocupado demasiado, tomó el lugar del viejo art. 504 del Código Civil derogado. Sin embargo, las normas presentan importantes diferencias. En primer lugar, difiere su ubicación sistemática dentro del código. Vélez Sarsfield optó por poner la estipulación en favor de terceros en la parte general de las obligaciones mientras que el Código vigente la ubicó dentro de la teoría general del contrato (32).

La nueva organización sistemática nos parece más acertada porque la estipulación está contenida dentro de un contrato; el acuerdo es la fuente de la obligación exigible por el tercero beneficiario. La estipulación en favor de un tercero es, necesariamente, una relación contractual.

El artículo vigente tiene derivaciones muy importantes que resultan aplicables al contrato de seguros. Es por eso que, en primer lugar, vamos a dejar sentado que lo establecido en el art. 1027 es una regla indisponible que no puede ser alterada por la voluntad de las partes ni renunciada por la parte que se beneficia con sus efectos.

3) Análisis del texto legal. Primero vamos a examinar el texto legal completo: Art. 1027. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.

La norma regula la introducción de terceros (beneficiarios) a un contrato celebrado entre personas con las que no tiene ninguna vinculación jurídica. Por ese motivo sostenemos que el art. 1027 constituye una ruptura de la teoría general del contrato en la medida que determina una excepción al efecto relativo de los contratos.

El artículo se refiere a tres sujetos; a saber: a) el beneficiario; b) el promitente; y c) el estipulante.

a.- ¿Quién es el beneficiario? El párrafo primero de la norma se refiere al beneficiario determinado o determinable: Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable...

La norma distingue dos categorías de personas que pueden ser las beneficiarias de la estipulación a su favor. En primer lugar, el texto legal menciona al sujeto previamente identificado y determinado por el promitente. En segundo lugar, el art. 1027 dispone que también puede ser beneficiario un sujeto, a priori indeterminado, pero que en el futuro podrá ser determinado (el sujeto indeterminado pero determinable).

Es este último sujeto el que nos importa destacar porque esta persona indeterminada es, en la interpretación que proponemos, el peatón anónimo que resultó accidentado en un siniestro automotor. En el momento de sufrir el accidente ese transeúnte desconocido se convierte en el sujeto determinado y beneficiario del contrato.

Conforme esta interpretación, el caminante callejero es uno de los sujetos más destacados que resultan incorporados al contrato de seguros. Es fácil advertir que nuestra intención es lograr que las víctimas de accidentes de tránsito tengan legitimación activa suficiente para demandar, en forma directa, a la empresa aseguradora sin tener que pasar por el engorroso sistema procesal de la citación prevista en los artículos 90 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

b.-¿Quién es el promitente? Este sujeto es quien cede al beneficiario los derechos que había acordado con el estipulante. El artículo que examinamos dispone que. ...el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El promitente, entonces, es el titular de una póliza que será cedida al beneficiario indeterminado. Dicho de otro modo: el promitente es el titular de la póliza que será cedida al sujeto indeterminado en el preciso momento en que éste se convierta en la víctima del accidente.

c.- ¿Quién es el estipulante? Es el sujeto con quien el promitente ha celebrado el contrato de base que beneficia al tercero. El estipulante es, sin dudas, la compañía de seguros. En nuestro desarrollo, el asegurador establece una doble vinculación jurídica. Veamos. En primer término, establece una vinculación contractual con el titular de la póliza; y, en segundo término, ese contrato determina la existencia de una segunda vinculación jurídica con la víctima del daño que deberá reparar integralmente, si correspondiere según las circunstancias fácticas en las que ocurrió el siniestro.

d.-La aceptación y el rechazo del beneficiario: Conforme lo establecido por la norma, el beneficiario puede aceptar o rechazar el beneficio asignado en la norma. Para entender cómo funciona la aceptación y el rechazo debemos considerar que el sujeto beneficiado puede ser determinado (identificado desde la celebración del contrato) o indeterminado pero determinable.

El beneficiario indeterminado es la víctima del siniestro quien, a partir de ese hecho, se convierte en el beneficiario directo un contrato, derecho que recibe por la cesión efectuada por el promitente al suscribir la póliza.

Por lógica, la víctima del siniestro no podrá ni aceptar ni rechazar este beneficio hasta que no se convierta en el titular del derecho. O sea: únicamente podrá repudiar la cesión luego de haber sufrido el accidente. Sin embargo, sería nulo y sin ningún valor que renuncie a su derecho de accionar en forma directa a la empresa asegurada que le garantiza cobrar su resarcimiento. La renuncia no sería válida porque -sin dudas- violaría las prescripciones contenidas en los arts. 988, 1117, 1094 y demás concordantes del Código Civil y Comercial, y del artículo 3 y 37 y demás concordantes de la ley 24.240. Dicho en otras palabras: cualquier renuncia al derecho de convertirse en cesionario de los beneficios establecidos en el art. 1027 CCyC sería nula por abusiva.

e.-La revocación del estipulante. Uno de los párrafos del artículo 1027 CCyC dice: El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida.

Esta parte del artículo pone en juego dos cuestiones. Primero, el estipulante no puede recibir la aceptación antes de que ocurra el siniestro que transforma al sujeto indeterminado en beneficiario. En segundo lugar, para revocar la estipulación deberá contar con la

aceptación del promitente (cuando éste tenga interés en mantener el beneficio).

Esto significa que la revocación está sujeta a una serie de condiciones:

1) El estipulante debe ejercer la revocación con posterioridad al suceso dañoso. En el ejemplo propuesto, la compañía de seguros debería revocar el beneficio en el mismo momento que debe hacerse cargo de los gastos que supone ese mismo beneficio;

2) En segundo término, para que la revocación sea eficaz se requiere que la víctima del suceso no acepte el beneficio luego de sufrir el accidente. Sería, pensamos, una renuncia inverosímil, o forzada; nadie espontáneamente renuncia a la posibilidad de demandar a un deudor solvente. Por tanto, sería una renuncia abusiva y viciada de nulidad. (art. 988 del CCyC y 37 de la LDC).

3) Que el promitente, luego de ocurrido el accidente, autorice esa revocación. Nos parece impensable que el prominente quiera desobligar al asegurador justo cuando tiene que pagar la indemnización para la cual fue contratado. Desde luego, si esa renuncia apareciera como una cláusula del contrato, ella sería nula conforme las disposiciones que regulan las cláusulas abusivas. (arts. 988, 989, 1117, 1122 del CCyC y 37 de la LDC).

4) Reflexiones críticas. Frente a la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC pronosticamos resistencias de todos los sectores interesados en restringir los alcances de esa norma.

En primer lugar, habrá que vencer la resistencia de la propia Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial que, como antes explicamos hizo todos los esfuerzos necesarios para evitar que exista una acción directa de las víctimas de accidentes contra las aseguradoras. Por el contrario, para nosotros la creación de una acción directa es un imperativo de justicia que, inexplicablemente,

sigue demorado con argumentos inverosímiles. En segundo lugar habrá que vencer una resistencia aún más obstinada: la de la Corte Suprema de Justicia que, cada vez que puede, deja ver que no está dispuesta, en sentido figurado, a soltarle la mano a las compañías aseguradoras.

A todo esto, es bueno recordarle, sobre todo a los señores magistrados, que en Argentina se producen miles de muertes por año en accidentes de tránsito. Según datos de la organización Luchemos por la Vida, las muertes ocurridas en ocasión de accidentes automovilísticos en el año 2014 alcanzaron el vergonzoso número de 7613 personas. Esa cifra trepa a 175.050 personas si se contabilizan los últimos 23 años. Si se incluyera en esa muestra los accidentes que dejaron víctimas sobrevivientes, la magnitud de este desastre se mediría por millones (33).

Es indudable que el contrato de seguro de automotor tiene trascendencia social que supera el mero interés individual de los contratantes. Por eso dirigimos todos nuestros esfuerzos a incrementar los derechos de las víctimas de accidentes.

5) Las víctimas de accidentes como usuarios del servicio. La teoría de Waldo Sobrino. Por su parte, este reconocido autor nacional llega a idénticas conclusiones que las nuestras, pero partiendo de un presupuesto distinto. En efecto, para nuestro querido amigo Waldo la víctima no es un tercero expuesto a la relación de consumo sino que es, lisa y llanamente, un consumidor de servicios asegurativos. Y, como tal, le corresponden todos los derechos y las acciones que tiene frente al contrato del seguro el propio (34).

Dicho en otros términos para Sobrino la víctima es uno de los sujetos comprendidos en el art. 1 de la LDC y el art. 1092 del CCyC. La idea, muy acertada, del autor es que un sujeto que no es parte de un contrato de consumo puede ser parte de la relación de consumo; el sólo hecho de ser integrante de esta relación jurídica que es mucho más amplia que la noción de contrato le da los mismos derechos que

le corresponden al contratante. Así, Sobrino explica que, Si bien la Ley 24.240 hacía mención al contrato de consumo, es menester resaltar que la Ley 26.361 modificó dicha posición. En efecto, la Ley 26.361 y el Código Civil y Comercial, introdujeron la noción de relación de consumo. De esta forma, el art. 1 de la Ley 24.240...y el art. 1092 del Código Civil y Comercial..., establecieron que son considerados consumidores: quien es parte de una relación de consumo...quien no es parte, pero como consecuencia de una relación de consumo, utiliza bienes o servicios...Como consecuencia de ello, una persona que no es parte de la relación contractual, igualmente puede integrar la relación de consumo, en carácter de consumidor (35).

El planteo de Sobrino es correcto de principio a fin. También para nosotros es evidente que cuando el art. 1092 del CCyC define a los consumidores incluye a quienes utilizan servicios 'como destinatario final'. Las víctimas de accidentes de tránsito son los destinatarios finales de los servicios asegurativos que, obligado por el art. 68 de la Ley 24.449, tomó el titular de la póliza. La otra pauta legal para estudiar si la víctima de un accidente de tránsito puede ser considerado un consumidor es el análisis respecto de la calidad de destinatario final...Es menester resaltar que la pauta respecto del destino final, en principio, se la suele interpretar a través del prisma del lucro, de manera tal que si quienes forman parte de la relación de consumo no lucran con el bien o servicios, es que pueden ser considerados como consumidores. En este punto corresponde señalar que ni el propio asegurado, y menos aún - la víctima de un accidente de tránsito pueden lucrar con el seguro obligatorio de responsabilidad civil (36).

La construcción lógica de Sobrino no tiene fisuras. La víctima de un accidente de tránsito reúne en su desdichada persona todos los elementos para ser considerada como usuaria de los servicios asegurativos contratados por el titular de la póliza. Veamos: a) Los arts. 1 de LDC y 1092 del CCyC definen al consumidor como el destinatario final del uso de un bien o servicio; b) La víctima de un accidente de tránsito es, sin dudas, ese sujeto que hará uso final del

seguro toma por el titular de la póliza; c) Ni la víctima del siniestro ni el tomador lucran con el seguro.

6) La posición intermedia de Alejandro Chamatropulos. Este destacado autor nacional es otro de los juristas que se ha ocupado del tema, llegando a conclusiones similares. Para Chamatropulos, el damnificado es consumidor directo del seguro, pero limita esa condición a que se trate de un seguro obligatorio. Por mi parte, si bien admito la posibilidad de que el tercero pueda ser consumidor, lo hago con argumentos propios y circunscribiendo la protección a los casos de seguros de carácter obligatorio (37).

La distinción que hace el autor radica en que cuando el seguro es obligatorio pone de manifiesto que el tercero y eventual damnificado es el sujeto que se quiere proteger. Es decir, es el destinatario final de la indemnidad que otorga un seguro. La instauración de seguros de carácter obligatorio, sin perjuicio de garantizar indemnidad al asegurado, apuntan fundamentalmente a la protección de terceros damnificados. Son seguros sociales... Como una lógica derivación de mi postura expresada en algún punto anterior..., sostengo que cuando se esté ante seguros de responsabilidad civil de carácter obligatorio, el tercero damnificado, al ser sujeto al cual la norma que lo creó busca fundamentalmente proteger, podrá invocar siempre la existencia de una relación de consumo frente a la aseguradora de su dañador (38).

7) Nuestra posición. Desafortunadamente, acierta Chamatropulos cuando sostiene que la tendencia de la Corte Suprema es congruente con la eliminación de la figura del tercero expuesto: ..., es importante decir también que la jurisprudencia reiterada de la CSJN de los últimos años pareciera ir tomando partido por la exclusión de estos sujetos como consumidores, aun cuando no resuelva expresamente esto. En precedentes, el Alto Tribunal, al realzar los efectos relativos del contrato de seguro y declarar su oponibilidad frente a los damnificados, deja poco margen para que éstos puedan ser considerados consumidores, solicitando, por ejemplo, la

declaración de abusividad de alguna cláusula del contrato de seguro del cual no fueron partícipes (39).

Por ese motivo pensamos que nuestra solución, referida a la aplicación del art. 1027 del CCyC, es superadora del debate entre las ideas doctrinarias de Sobrino y las que sostienen Chamatropulos y otros autores.

Nuestro argumento no hace distinciones entre seguros voluntarios u obligatorios, ni si el damnificado es o no es destinatario final de la relación o si el titular de la póliza es o no es consumidor de seguros. En la medida que se den los requisitos de la estipulación en favor del tercero éste tendrá acción directa contra la compañía aseguradora.

Nuestro argumento apunta a desafiar el criterio que actualmente sostiene la Corte Suprema ofreciendo un acercamiento distinto para lograr que las víctimas de accidentes tengan acción directa contra las compañías de seguros. Ello asumiendo una realidad incontrastable: en reiteradas ocasiones la CSJ se ha pronunciado en contra de las víctimas de accidentes favoreciendo a las empresas aseguradoras (40).

Veamos tres ejemplos emblemáticos de esta situación:

En el considerando 9) del caso Buffoni (abril de 2014) la Corte Suprema dijo:

- Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo

que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483) (41).

Y el mismo criterio quedo consolidado en el caso Flores (6 de junio de 2017), cuando el considerando 10 de este bochornoso fallo establece:

- Que, al respecto, cabe reiterar que los contratos efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. Es por ello que aquellos deben ser interpretados en su integridad, lo cual excluye toda exégesis aislada de una cláusula o expresión del negocio. Se impone el deber de observar el lazo íntimo que une a todas las cláusulas, pues no resulta aceptable fraccionar lo convenido únicamente para acatar las estipulaciones que favorecen al tercero damnificado y desechar otras que ponen límites a la obligación del asegurador (42).

8) Epílogo. Ya para terminar este tópico nos gustaría aclarar que la única divergencia que nos separa del pensamiento de Sobrino es de estrategia jurídica y no la forma en que ambos pensamos el asunto. El problema es que, hasta ahora, el argumento de considerar a la víctima como un usuario de los servicios asegurativos contratados por el asegurado no es receptado favorablemente por la doctrina especializada y por el Supremo Tribunal.

Es por eso que, en forma complementaria, proponemos llegar al mismo objetivo utilizando, como antes explicamos, la figura de la estipulación en favor del tercero contemplada en el art. 1027 del CCyC. Además, y como suele decir nuestro entrañable amigo Waldo, no son argumentos excluyentes sino complementarios. Es decir, quien intente el relamo directo de víctimas contra aseguradoras podrá optar por el camino propuesto por Sobrino, que es el más completo y formal, y complementarlo con la propuesta subsidiaria que surge de la interpretación del art. 1027 del CCyC que hemos propuesto en los párrafos que preceden.

Por si quedaba alguna duda del criterio de la CSJ, en junio de 2018 volvió a expedirse con mayor rigurosidad y con mayor regresividad a la hora de regular las relaciones entre los usuarios y las compañías de seguros. Así, en los autos Díaz, Graciela vs. Evangelista, Jorge, dijo:

11) Sin perjuicio de lo expuesto en el considerando anterior, es de recordar que el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil; actuales arts. 957 y 959 del Cód. Civil y Comercial). Por lo tanto, la víctima de un daño es un tercero con relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, desde que no fue parte de ese contrato (arg. art. 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima, pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. En consecuencia, si la víctima, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, desea invocar el contrato de seguro en su beneficio y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribir su reclamo a los términos de la póliza (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil; actuales arts. 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial; Fallos 337:329; 338:1252) (43).

Esto quiere decir que, a partir de junio de 2018, según esta Corte Suprema, el contrato de seguro es un acuerdo paritario. Pero, los dislates supremos no terminan ahí, porque en el considerando siguiente (n° 12) resolvió el conflicto entre los derechos de la víctima y el derecho de propiedad de las compañías aseguradoras:

12) Desde esa perspectiva, debe recordarse que la propiedad tiene protección constitucional (art. 17, Constitución Nacional) y que ella se extiende a los derechos que nacen de los contratos (Fallos 137:47; 294:152; 304:856; 331:2006; entre otros). Por ello, la sentencia de cámara, al obligar a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá de las condiciones fijadas en la póliza autorizada por la Superintendencia, alegando la supuesta

desnaturalización de la "función social del seguro", viola su derecho de propiedad (44).

Esto significa que la regla 'pro homine', emergente del art. 1 del CCyC y de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, cede, a criterio de esta Corte Suprema, resultando preferible proteger el derecho de propiedad de la compañía asegurada sobre los derechos fundamentales de las víctimas de accidentes de tránsito. Se trata, según nuestro modo de ver, de un nuevo fallo escandalosamente regresivo dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La reseña de los fallos que presentamos nos permite formular una conclusión prácticamente irrevocable. Hasta que no cambie la actual composición de la CSJ, las teorías que sostienen que las víctimas de accidentes son o deben ser considerados como si fueran usuarios de los servicios asegurativos que contrató el agente dañador, no van a prosperar.

Por ese motivo es que pensamos, sobre todo luego del fallo dictado en *Díaz v. Evangelista*, que las víctimas de accidentes de tránsito que quieran demandar en forma directa a las compañías de seguros deberán hacer uso de la herramienta prevista en el art. 1027 del CCyC.

C. Terminaciones.

Se presentan algunas conclusiones con la finalidad de ordenar las ideas presentadas a lo largo de este ensayo:

1. La ley 24.240 no fue diseñada solamente para proteger a los usuarios y consumidores; su finalidad proteccionista sobrepasa el interés particular de los consumidores como clase y adquiere un sentido social. Es, según nuestra opinión, una ley que regula el funcionamiento de la sociedad de consumo.

2. La Ley de defensa del consumidor tiene sentido y vocación universal. Esta afirmación tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato, quebrando de esta forma el principio del efecto relativo de los contratos establecido en el art. 959 CCyC.

3. El bystander (o tercero expuesto) es un sujeto que, sin ser parte de un contrato de consumo, está expuesto a sus consecuencias. Esa condición le da legitimación activa para reclamar contra un sujeto con el que no está vinculado por una relación contractual. Por ejemplo, la víctima de accidentes de tránsito, invocando su condición de tercero expuesto al contrato celebrado entre la compañía de seguros y el tomador de la póliza, queda legitimada para demandar directamente a la empresa de seguros.

4. La figura del bystander fue desde siempre muy resistida por el sector empresario en general y, muy en particular, por las aseguradoras que quieren evitar que las víctimas de accidentes de tránsito tengan legitimación para reclamarles indemnizaciones.

5. El bystander todavía existe en el Código Civil y Comercial, pero el legislador quiso que sus alcances sean mucho más acotados que los previstos en la Ley 26.361.

6. Lamentablemente, los reformistas del Código Civil y Comercial no quisieron que esta figura, tan benéfica para las personas, entorpeciera el suculento negocio de las aseguradoras que operan en el país.

7. Sin perjuicio de lo dicho en el antecedente, y como hecho positivo, hay que señalar que el bystander sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento porque está específicamente contemplado en el art. 1096 del CCyC.

8. En el sistema legal vigente, el tercero expuesto podrá invocar sus derechos en todo lo relacionado con: el trato digno, la libertad de contratar, la información y la publicidad.

9. A lo largo del trabajo, hemos presentado una idea para solucionar la enorme injusticia que supone que las víctimas de un accidente de tránsito no tengan acción directa contra las aseguradoras. Para ello, intentamos realizar una interpretación armoniosa del art. 1027 del CCyC que respete las fuentes establecidas en el art. 1 del CCyC y las pautas hermenéuticas establecidas en el art. 2 del CCyC.

10. Nosotros pensamos que el art. 1027 del CCyC, que regula la estipulación a favor de terceros, le abre las puertas a la acción directa que proponemos.

11. La idea de concebir la acción directa de las víctimas de accidentes, por la vía interpretativa del art. 1027 CCyC es original y superadora de otras ideas doctrinarias que, aun siendo muy interesantes, ya fueron rechazadas por la doctrina del CSJ. En ese sentido, no podemos soslayar que la Corte nunca va a aceptar que las víctimas de accidentes formen parte del contrato que vincula jurídicamente al tomador de la póliza con la compañía de seguros.

12. La Corte Suprema, a partir de la sentencia dada en el caso Buffoni (8/04/2014) en el caso Flores (6/06/2017) y más recientemente en el caso Díaz (12/06/2018) viene sosteniendo con insistencia una posición profundamente regresiva y perjudicial para los derechos humanos de las víctimas de accidentes de tránsito.

13. No vemos con optimismo que en el futuro inmediato ese criterio vaya a cambiar con la actual composición de la Corte Suprema Nacional.

Referencias Bibliográficas

(1) Abogado (UBA - 1987); especialista en relaciones de consumo. Actualmente se desempeña como Auxiliar Letrado de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Fue Asesor legal de la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Chubut. Se ha desempeñado como docente del área de Estudios Sociales para el Providence School Department, Rhode Island (Estados Unidos - 2002-2004). Es Profesor invitado de la Maestría en derecho Civil Patrimonial, en la materia Derecho el Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor del Curso de Posgrado sobre Defensa del consumidor en Pontificia Universidad Católica Argentina. En 2017 publicó, Estatuto del Consumidor, Bogotá, Editorial Astrea SAS - Universidad del Rosario; y Tutela Judicial del Consumidor, Buenos Aires, 20XII Grupo Editorial. En 2016 publicó (junto con Silvio Battello) Fundamentos para la protección del Consumidor, San José', CR, Editorial Jurídica Continental. En 2016 publicó Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2015 publicó Código Civil y Comercial concordado, Buenos Aires, Astrea. En 2014 publicó Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea. En 2009 publicó La Libertad de expresión y otros derechos personalísimos, Buenos Aires, Editorial Universidad. Puede ser contactado en fernandoshina@gmail.com.

(2) En el mundo la sociedad de consumo la integran 1.728 millones de personas, el 28% de la población mundial: 242 millones viven en los Estados Unidos (el 84% de su población), 349 millones en Europa Occidental (el 89% de la población), 120 millones en Japón (95%), 240 millones en China (apenas el 19% de su población), 122 millones en India (12%), 61 millones en Rusia (43%), 58 millones en Brasil (33%) y sólo 34 millones en el África subsahariana (el 5% de la población). En total en los países industrializados viven 816 millones de consumidores (el 80% de la población) y 912 millones en los países en desarrollo (sólo el 17% de la población del Tercer mundo). Mientras los 1.700 millones de consumidores gastan diariamente más de 15.000 pesos (20 euros), hay 2.800 millones de

personas que tienen que vivir con menos de 1.500 pesos (2 euros) diarios (lo mínimo para satisfacer las necesidades más básicas) y 1.200 millones de personas viven con menos de 700 pesos (1 euro) diarios en la extrema pobreza. Fuente:

<http://www.profesorenlinea.cl/geografiagrual/PoblacionEconomiaSocial8U1.htm>, Captura: 4-08-2018. Estos informes son compatibles con cifras que se manejan desde los organismos internacionales más prestigiosos del mundo. Ver Naciones Unidas en, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>, Captura: 4-08-2018.

(3) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2009, pg. 19.

(4) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

(5) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores..., pg. 61.

(6) Juan M. Farina. Defensa del consumidor y del usuario. Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 21.

(7) Farina, Juan, Defensa del consumidor..., pg. 21

(8) Santarelli, Fulvio en Picasso - Vázquez Ferreyra. Ley Defensa del Consumidor, T 1. Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 53.

(9) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(10) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(11) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(12) Fuente:

http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf, Captura, 5-08-2018.

(13) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 50.

- 14) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (15) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., (
- 16) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, ... p. 318.
- (17) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, ... p. 318.
- (18) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores..., p. 127.
- (19) La relación de causalidad, o nexo causal entre la conducta del responsable y el daño causado, es la base de la responsabilidad civil. Si no se puede trazar un nexo de causalidad adecuada entre la antedicha conducta y el daño acreditado, no queda más que la resignación cristiana de la víctima, pues ella no puede obtener resarcimiento de quien no se halla unido al daño por un nexo adecuado de causalidad. (Marcelo J. López Mesa. Presupuestos de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Astrea, año 2013, p. 375).
- (20) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (21) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (22) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (23) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 15.
- (24) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.
- (25) Esta concepción, desde luego, da por terminado el ancestral principio del efecto relativo de los contratos. Ese es uno de los principales de la irrupción del derecho del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico: la desaparición del efecto relativo de los contratos como principio general predominante. Como decía

Lorenzetti tiempo atrás: El Derecho Civil diseño el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó al sugerir la imputación por daños al ... que no han celebrado contrato alguno con el consumidor... (Lorenzetti, Consumidor..., p. 61).

(26) Díaz, Graciela Luisa c. Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2018, La Ley 27/06/2018, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

(27) Es sabido que, en Argentina, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se reconoce acción directa al damnificado en el contrato de seguro contra la aseguradora, quien sólo puede hacerla comparecer a juicio catándola en garantía, según lo previsto en el artículo 118 de la Ley de Seguros. A la luz de los nuevos enunciados de la ley 26.361 el tercero beneficiario y el damnificado, sin formar parte de la relación de consumo que se concibe originariamente entre el asegurado y quien contrató los servicios de cobertura de riesgos, se encuentran alcanzados y amparados por el microsistema protectorio del consumidor de seguros, y por ende merecen idéntica tutela por parte del Estatuto del Consumidor. Federico R. Moykens, Federico, R., en Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley Defensa del Consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2013, T II, p. 482.

(28) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(29) Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018.

(30) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

(31) A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los tratados de derechos humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los pactos de derechos humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales.

(Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

(32) Sabedor de estas críticas, el nuevo Código ubica certeramente a la estipulación a favor de tercero en la teoría general del contrato, dentro de la sección dedicada a la incorporación de terceros, en donde se consagran dos normas generales (arts. 1027 y 1028), que se integran junto a otras dedicadas a la aplicación especial de la figura, tales como las relativas a los contratos de donación, cesión, fideicomiso y renta vitalicia. (Hernández, Carlos, Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2015, T VI, p. 28).

(33) Los datos fueron tomados de las estadísticas publicadas por la organización Luchemos por la Vida en: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/muertosanuales>.

(34) Por tanto, luego de estas breves disquisiciones, nos abocamos al desarrollo del presente Capítulo, en el sentido que la Víctima de un Accidente de tránsito, es un consumidor. (Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, 2018, T° I, p.427).

(35) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...T° I, p.428 y 429.

(36) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial..., T° I, p.434 y 435.

(37) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T° I p. 87.

(38) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto..., T° I p. 87 y 88.

(39) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto..., T° I p. 89

(40) El lector interesado en profundizar este tema puede consultar dos artículos doctrinarios que hemos publicado tiempo atrás: Shina, Fernando, El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77 y Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, Citar: DC2431.

(41) Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho.

(42) Flores, Lorena Romina el Giménez, Mareelino Osvaldo s/ daños y perjuicios, CSJ, 6-06-2017, 678/2013 (49-F)/CSJ.

(43) Díaz, Graciela Luisa c. Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2018, La Ley 27/06/2018, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

(44) Díaz, Graciela Luisa c. Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2018, La Ley 27/06/2018, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita: TR LALEY AR/DOC/1618/2018

[Consultado el: 01/02/2022]

Sumario

I. Introducción — II. Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial — III. Los contratos de adhesión, los contratos no leídos y la responsabilidad — IV. Cuarta parte. Epílogo.

I. Introducción

I.1. Presentación

Cuando se analiza a los "contratos de adhesión" lo más probable es que se comience por el tratamiento de sus dos elementos más superficiales: a) la falta de negociación paritaria; b) la posible (segura) existencia de estipulaciones abusivas que vician a este tipo de contratos.

Así, cada vez que se lee un 'contrato de adhesión' se piensa en un formato de estipulaciones predispuestas que, además, son viciosas o abusivas. Sin embargo, ese acercamiento al contrato de adhesión es insuficiente porque se limita a analizar sus posibles efectos y no sus causas.

Ese modo de encarar el estudio de los contratos de adhesión impide preguntarse porque se han convertido en la herramienta de tráfico más importante de la actualidad. Son pocos los autores nacionales que formulan dilemas más profundos que permitan entender un poco mejor el fenómeno de la contratación predispuesta.

¿Qué factor determinante actuó para que los contratos de adhesión hayan prevalecido en forma tan abrumadora en la técnica contractual moderna? De poco sirve saber que no son acuerdos negociados y que suelen estar infestados de cláusulas injustas porque casi todo el mundo conoce esa situación. Pensamos que es más importante analizar los motivos que permitieron su desarrollo y — sobre todo— qué sector de la economía real se beneficia con ellos.

Entre nuestros doctrinarios, Atilio Alterini parece haber tocado la tecla justa cuando años atrás (mucho antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial) señaló la vinculación entre el tráfico masivo de riqueza y la contratación predispuesta: "Los contratos predispuestos son "instrumentos adecuados para la economía de masas" (Vallespinos), pues mediante ellos se producen significativos ahorros propios de la economía de escala: un ahorro de tiempo, al ser evitada la discusión individual de las cláusulas; un ahorro derivado de que la uniformidad de la contratación facilita la homogeneidad de la gestión empresarial; un ahorro de litigiosidad, en razón de que los contratos prevén de antemano soluciones puntuales para las distintas alternativas posibles en el desarrollo de la relación entre partes (Amaral)" (1).

La oportuna cita de Alterini nos sirve para meternos de lleno en el tema sin distracciones innecesarias, partiendo de una afirmación relativamente dogmática: la contratación por adhesión es un fenómeno de la economía antes que una variante de la teoría general del contrato. El núcleo de este tipo de negocios jurídicos es de carácter económico y ello determina que sea más importante examinar cómo estos negocios se entrelazan el consumo masivo de bienes y servicios.

I.2. Los contratos de adhesión en la doctrina norteamericana

Friedrich Kessler (1901-1998) nació, estudio y se formó en Alemania hasta que como tantos otros pensadores de su generación tuvo que huir de la peste nazi. Tras radicarse en Estados Unidos, fue un destacado profesor en universidades de gran prestigio como Yale Law School, University of Chicago Law School y Berkeley School of Law.

Uno de sus ensayos más famoso es un formidable estudio de los contratos de adhesión que tras ser publicado en 1943 recorrió todas las universidades del mundo. En Argentina casi no se conoce la obra de Kessler.

Kessler reconoce que la comercialización masiva de bienes y servicios hizo inevitable la aparición de una herramienta contractual que permitió estandarizar un modelo contractual para ser repetido tantas veces como sea necesario, evitando que cada contrato sea negociado individualmente entre el proveedor y el usuario.

El mérito de Kessler consiste en haber advertido, hace casi un siglo, que en la raíz del contrato de adhesión está involucrada la masividad del consumo de bienes y servicios y la despersionalización del mercado donde circulan (2).

Empero, no es menos importante destacar que el pensador alemán también advirtió que esta despersionalización del mercado llegó a convertir al contrato en una herramienta de la economía mediante la cual las grandes corporaciones (sobre todo los bancos y las compañías de seguros) se quitan de encima los riesgos del negocio y la responsabilidad para afrontar eventuales indemnizaciones.

Pues bien; básicamente un contrato de adhesión es eso: un negocio predispuerto por corporaciones que lideran el mercado y cuya

finalidad es transferir la mayor cantidad de riesgos posibles al sector del consumo y disminuir al máximo la responsabilidad que asumen.

Kessler nos muestra un contrato que se presenta como una atractiva solución para facilitar el acceso al consumo masivo pero que esconde la finalidad de aumentar la renta empresaria imponiendo condiciones contractuales que rechazan los riesgos de un negocio y disminuyen la responsabilidad del proponente del contrato de adhesión (3).

En el contrato de adhesión conviven circunstancias que acentúan su condición bipolar. Veamos esta cuestión. Por un lado es una herramienta comercial indispensable para la circulación masiva de bienes y servicios y, en simultáneo, también es un peligroso mecanismo jurídico que suele ocasionar múltiples abusos.

Mucho tiempo después de estas elucubraciones de Kessler, Lorenzetti ofrecía una definición tan simple y clara como insuficiente de los contratos de adhesión: El contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas... (4).

Como puede apreciarse, en la definición de Lorenzetti el aspecto esencial del contrato es su unilateralidad y su falta de negociación. No estamos en desacuerdo con esas premisas básicas. Sin embargo, pensamos que presentar el contrato de adhesión a partir de la carencia negocial nos aleja tanto de la verdadera utilidad de esta técnica contractual como de los peligros reales que anida. En nuestra opinión, la falta de negociación es un dato emergente pero no sustancial de los contratos de adhesión.

El hecho de no ser acuerdos negociados es una cuestión menor porque en los hechos el adherente jamás tendría posibilidades reales de obtener beneficios en una negociación paritaria con un banco o con una compañía de seguros. Esas hipotéticas tratativas

serían, en el mejor de los casos, intrascendentes. No debe perderse de vista que se tratan de negocios casi o cuasi monopolísticos en los cuales todos sus proveedores lanzan al mercado, al mismo tiempo, ofertas comerciales similares o idénticas.

Las condiciones monopolísticas y la cartelización de las ofertas comerciales son cuestiones de suma importancia que, sin embargo, no han sido tratadas profundamente por la doctrina nacional. Por algún motivo desconocido nos empeñamos en buscar definiciones y diferencias y matices entre las estipulaciones abusivas sin profundizar en otras cuestiones tanto más importantes. En algún sentido, el derecho nacional está estancado en la intrascendencia, como si su finalidad consistiera en no resolver los problemas reales que la economía le plantea al derecho. Un ejemplo de esta frivolidad es la abundancia de ensayos que tratan sobre las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la escasez de artículos que analizan la raíz económica de los negocios jurídicos instrumentados en esos acuerdos.

Las cláusulas abusivas no presentan ninguna dificultad académica y su tratamiento no supera la descripción de obviedades. En cambio, explicar que ellas tienen relación directa con la rentabilidad de algunos negocios es una tarea más ardua que, además, puede incomodar a grupos realmente poderosos de la economía.

En otros países ese análisis profundo de los negocios jurídicos lo realizan los jueces. Por ese motivo Kessler decía que gran parte de los contratos de seguros tiene por finalidad evitar que los reclamos lleguen a los tribunales y que los contratos predispuestos por las compañías sean examinados por los jueces. El riesgo judicial, vale la pena aclararlo, no radica en que una sentencia advierta la abusividad de una cláusula sino en que descubra la matriz abusiva de todo el negocio y decida enmendarlo mediante su integración.

Para Kessler los contratos de adhesión son sorprendentes ejemplos de cómo el sector empresario selecciona y controla los riesgos que va a asumir en cada negocio jurídicos. Por todos los

medios posibles, las compañías tratan de evitar que los reclamos lleguen a tribunales y que algún magistrado se deje influenciar por factores irracionales que desbaraten la racionalidad del negocio. El negocio 'solamente' será racional (y rentable) si el estipulante logra descargar los riesgos sobre el adherente y limitar su propia responsabilidad (5).

Para entender los contratos de adhesión es necesario realizar un profundo estudio de su raíz económica. Es hora de enseñar en nuestras facultades a pensar los negocios jurídicos en términos económicos dejando de poner tanto énfasis en las definiciones ingeniosas que además de no servir para mucho distraen la atención de los dilemas más complejos.

El problema de los contratos de adhesión es su matriz abusiva antes que la falta de negociación (6). Y son los jueces quienes deben desentrañar esa abusividad basal. La no intervención judicial es lo que permite la expansión de los contratos injustos. El juez del siglo XXI tiene que abandonar la pasividad disimulada de un liberalismo rancio y anacrónico. Pensamos que el magistrado debe intervenir, con la debida prudencia, la contratación privada evitando los abusos inherentes a los negocios predispuestos. A esa intervención judicial se referían los autores como George Priest o F. Kessler cuando señalaban que los jueces deben tener una actitud más intervencionista en la contratación privada, convirtiéndose en una suerte de arquitectos de una conciencia social (7).

En ese orden de ideas, George Priest (Universidad de Yale) (8) escribe un breve ensayo *The Modern Transformation of Civil Law* (2006) donde explica la mayor participación de la judicatura en los contratos privados de nuestros días (9).

Lo notable del artículo no está en la forma en que describe la mayor injerencia oficial (10) sino en manifestar que el verdadero cambio en la teoría general de la responsabilidad ocurrió cuando los jueces entendieron y asumieron que debían ser ellos los encargados de

regular los daños que debían soportar las víctimas y los que debían ser indemnizados por los agentes dañadores (11).

Dicho en otras palabras, y ya liberando al autor americano de nuestro pensamiento autónomo, sostenemos que los magistrados deben interpretar más rigurosamente los nuevos textos legales del Código Civil y Comercial (en especial el art. 1733 y el art. 1757) porque esos textos legales establecen una nueva vuelta de tuerca en materia de responsabilidad objetiva.

Nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la vigencia de la ley 26.994, ha incorporado la responsabilidad ultraobjetiva para regular la reparación de los daños. Ese es, a nuestro modo de ver, el verdadero cambio en la teoría general de la responsabilidad propuesto en el Código unificado (12).

Los contratos de adhesión no escapan a esta realidad. En esos acuerdos, los proveedores seguirán estableciendo las pautas contractuales e imponiendo cláusulas abusivas; y seguramente continuarán transfiriendo sus riesgos a los usuarios y tratando por todos los medios posibles de disminuir sus responsabilidades pero los jueces deberán abortar estas tretas contractuales.

No se trata de intervenir sobre la libertad contractual de los contratantes porque hace décadas que se sabe que esa libertad es sólo formal e insubstancial. La cuestión consiste en ajustar más la interpretación de los factores de responsabilidad aumentando el universo de sujetos responsables lo cual requiere que puedan oponerse menos eximentes de responsabilidad. Ese nivel de intervención es compatible y armónico con la sistemática propuesta por el Cód. Civ. y Com. que ha incorporado textos legales como los arts. 989, 112, 1733 y 1757 y otros que van en esa dirección.

Ahora solo resta lo más difícil: lograr que los jueces asuman la responsabilidad que el legislador reformista les asignó. Como bien dice Aída Kemelmajer: Toda la normativa demuestra que, pese a la

gran crisis del Poder Judicial, el Código cree en los jueces que deben aplicarlo, pues —como dice Carlos Cossio— 'quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas...' La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de las cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación (13).

II. Los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial

II.1. Presentación

En primer lugar, nos parece justo señalar que a pesar de las críticas que frecuentemente le hacemos al Código Civil y Comercial, la inclusión de los contratos de adhesión nos parece positiva.

Como hemos visto en la primera parte de este ensayo, el contrato de adhesión es la herramienta jurídica favorita de las corporaciones para controlar los riesgos de su negocio y acotar su responsabilidad. Como bien señalaba F. Kessler, los contratos de adhesión tienen por finalidad incluir los riesgos "racionales" que el sector proveedor está dispuesto a soportar y excluir aquellos riesgos "irracionales" que de soportarlos perjudicarían la ecuación económica de rentabilidad. En pocas palabras: los contratos de adhesión son formatos jurídicos, típicamente empresarios, diseñados para determinar qué daños van a ser absorbidos por el sector de la producción de bienes y servicios y cuáles serán soportados por las propias víctimas (14).

La racionalidad o irracionalidad del riesgo "asegurable o indemnizable" es tasada por el sector empresario en base a ponderaciones económicas. En la medida que los contratos de adhesión no tengan regulación legal apropiada ese cálculo se hará por el empresario y sin injerencia del Estado. En una palabra: se permite al

empresario que, utilizando reglas perimidas como la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, elija qué daños está dispuesto a pagar y cuales rechazar.

No hay en el derecho reglas que le hayan sido más perjudiciales para los sujetos vulnerables (trabajadores, consumidores, etc.) que aquellas que postulan la autonomía de la voluntad y la libertad contractual absolutas. Para colmo de males, estas reglas que otros países solo mantienen en forma residual en el nuestro son defendidas por un ejército de doctrinarios militantes del anacronismo.

La denominación que el Código Civil y Comercial utiliza para este tipo contractual es la de Contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas y su ubicación sistemática en el Código unificado es en Libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 2ª, arts. 984 a 989.

La Comisión Legislativa explica su inclusión dentro de los contratos paritarios y en el capítulo sobre "formación del consentimiento". El legislador asumió que esta figura no es un tipo contractual autónomo sino una modalidad especial de prestar el consentimiento. Nuevamente se aborda al contrato de adhesión a partir de la falta de una negociación sustantiva entre las partes (15).

Más allá de las consideraciones formuladas por la Comisión redactora, pensamos que los acuerdos formados por adhesión a las cláusulas predispuestas sí marcan un punto de ruptura con el contrato clásico. La circunstancia de ser contratos que no están regidos por la regla de la autonomía de la voluntad y por la negociación paritaria es determinante para que pueda afirmarse que son tipos contractuales independientes y, en muchos casos, antagónicos del contrato clásico.

En los párrafos que siguen vamos a analizar los textos legales que regulan los a contratos de adhesión.

II.2. Definición. Art. 984, Cód. Civ. y Com.

El art. 984 define a los CA: "El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

En la definición está presente lo que nuestra doctrina y nuestro legislador entienden que es la nota típica del contrato de adhesión: su falta de negociación bilateral. En la exposición de motivos, la Comisión redactora consolida este criterio: "El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere" (16) .

Para Rubén Stiglitz: El contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de modo que si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido. Lo expuesto constituye una restricción al principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del texto contractual (17) .

No hay mucho más para agregar a esta definición básica. La doctrina y el texto legal coinciden; se trata de acuerdos en los cuales una de las partes propone el contenido del negocio jurídico y la otra lo acepta sin que exista una negociación previa. Desde luego, quien predispone el contenido lo hace en función de su mayor capacidad para imponer condiciones. Y, como bien señala Stiglitz esa mayor fortaleza de una de las partes debilita la autonomía de la voluntad del adherente al acuerdo.

En conclusión: los contratos de adhesión se desarrollan por afuera de la regla de la autonomía de la voluntad que tradicionalmente

conocemos; esa circunstancia los convierte en tipos contractuales divergentes y antagónicos del contrato clásico.

II.3. Requisitos. Art. 985, Cód. Civ. y Com.

El art. 985 se refiere a los requisitos que deben alcanzar las cláusulas contractuales para que no sean declaradas nulas.

Art. 985: Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

El contrato de adhesión es un documento completo, terminado y autónomo en el cual el adherente no puede negociar o discutir ninguna condición esencial del negocio. Por ese motivo es indispensable que el contenido del contrato esté redactado en cláusulas que sean comprensibles y que no remitan a otro documento.

La norma también dispone que la redacción debe ser de fácil entendimiento para el adherente. Sin embargo, cualquier que haya leído un contrato de seguro o un préstamo bancario sabe que el art. 985, Cód. Civ. y Com. es una humorada legislativa.

Los contratos no se entienden y están redactados en forma tal que su interpretación resulta imposible para una persona de conocimientos medios. Y esto no es un chiste sino que es una parte esencial de los contratos de adhesión. La otra parte del problema, que por cierto no es menor, es que los contratos directamente no se leen.

Para que se entienda bien el problema, y aun asumiendo el riesgo de incurrir en alguna exageración, los contratos de adhesión no se leen. Nunca. Es decir: nunca nadie lee nada de ningún contrato de adhesión. Ello nos permite realizar una primera conclusión tan

provisoria como contundente y pesimista: firmar un contrato sin haberlo leído o firmar un contrato después de haberlo leído sin entender nada del es exactamente lo mismo.

Para Stiglitz: El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas de por sí por el adherente. Y llena este requisito el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio.

Los contratos de adhesión tienen dos problemas. Uno es que sus contenidos no se entienden. El segundo es que aún logrando que esos contenidos fueran más comprensibles, los contratos no se leen. Los CA se firman sin leer una letra de lo que dicen; a veces ni siquiera se firman y otras sólo se firma el ejemplar que conserva el proveedor. Esa es la realidad contractual de nuestros días

II.4. Cláusulas particulares. Art. 986, Cód. Civ. y Com.

Los contratos de adhesión no dejan de serlo por el hecho de tener algunas cláusulas particulares que sean negociadas por el adherente y cuya característica es que limitan, amplían, suprimen o interpretan a una cláusula general.

El texto legal dispone:

Art. 986. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

La existencia de cláusulas particulares demuestra que lo esencial de estos acuerdos no se relaciona con la falta de negociación sino con la capacidad que una de las partes tiene de imponer condiciones que disminuyan el riesgo del negocio y/o limiten la

responsabilidad empresarial frente a eventuales reclamos por parte de los adherentes.

Las cláusulas particulares, como lo señala el art. 986, Cód. Civ. y Com. son negociadas particularmente y pueden implicar una ampliación o una limitación una supresión o una interpretación de una cláusula general.

Veamos un ejemplo tomado de un juicio real que tuvo lugar en España. En el caso estaba implicada (¡como siempre!) una compañía de seguros y una estipulación contractual dudosa. El texto de la cláusula contenía la siguiente exclusión de cobertura:

Las pérdidas o daños que sufra la maquinaria atribuible a las partes defectuosas o mal conservadas y anomalías eléctricas o mecánicas. No obstante, se garantizan los daños habidos con ocasión de un accidente producido por las causas anteriormente citadas, quedando en todo caso excluidos los costos de reparación de dichas causas originarias de tal accidente.

De la lectura de la cláusula surge que si la falla de la maquina se debía a la falta de mantenimiento a cargo del usuario, la cobertura caía y el seguro no respondía. Ahora bien; ¿cuáles son las tareas de mantenimiento que pueden atribuirse contractualmente a un usuario de una maquinaria de cierta complejidad? ¿Todas? ¿Las básicas? Pero en este último caso, ¿qué debe entenderse por tareas básicas o indispensables de mantenimiento?

En principio esta cláusula debería ser negociada particularmente en los términos del art. 986, Cód. Civ. y Com. para que esas respuestas no queden en suspenso. En el CA se debe estipular clara y detalladamente qué tareas de mantenimiento deben ser asumidas por el usuario y cuáles exceden ese deber.

Se presenta entonces un nuevo problema. La cláusula particular en algunos casos puede agravar la condición de los usuarios

aún más que la estipulación genérica. Ello así porque la norma que examinamos establece que las cláusulas particulares prevalecen sobre las generales. Pensamos que este criterio de prelación es equivocado y que se debió disponer que en caso de duda o colisión prevalezca la cláusula más favorable al usuario.

La laguna normativa que presentamos puede dar lugar a que una compañía de seguros inescrupulosa imponga una condición general y luego fuerce una negociación particular que la agrave en perjuicio del usuario. A nuestro modo de ver la norma debía cerrar el círculo favoreciendo al adherente del CA.

II.5. La interpretación contra proferentem. Art. 987, Cód. Civ. y Com.

El texto legal que vamos a comentar contiene el principio conocido como interpretación contra proferentem o contra stipulatorem. Esta regla actúa cuando una cláusula está redactada en una forma ambigua que permite una interpretación dudosa. En tal caso, la cláusula se interpreta en el sentido menos favorable a quien predispuso la cláusula.

El código unificado incorpora la regla contra proferentem en el art. 987 que establece: Art. 987. Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

El principio general es bastante claro pero los problemas se suscitan en la sintonía fina de la interpretación judicial. ¿Qué debe entenderse por estipulación ambigua? ¿Cuándo una cláusula puede ser considerada confusa o dudosa o incierta y ser interpretada bajo la regla contra proferentem?

Volvamos a ver la cláusula contractual que usamos de ejemplo al examinar el art. 986, Cód. Civ. y Com.

Las pérdidas o daños que sufra la maquinaria atribuible a las partes defectuosas o mal conservadas y anomalías eléctricas o mecánicas. No obstante, se garantizan los daños habidos con ocasión de un accidente producido por las causas anteriormente citadas, quedando en todo caso excluidos los costos de reparación de dichas causas originarias de tal accidente.

Esta estipulación puede admitir dos miradas jurídicas y dos interpretaciones judiciales opuestas. Veamos las distintas hipótesis:

1) La cláusula puede interpretarse en el sentido de que el asegurado se debe hacer cargo de mantener la maquina en buen estado de conservación y excluir la cobertura si alguna de las piezas no estuviera bien conservada. En este caso se optaría por una interpretación rigurosa y desfavorable al usuario.

2) La misma estipulación puede ser interpretada como una cláusula ambigua en la que no se expresan detalladamente cuáles son las tareas de mantenimiento que obligan al asegurado y excluyen la cobertura del asegurador. En este caso jugaría a favor del asegurado la regla contra proferentem restringiendo la posibilidad de excluir la cobertura.

Recordamos al lector que esta cláusula fue discutida en un juicio real que tuvo lugar en España ante la Sala Civil del Tribunal Supremo del año 2009 (18). Veamos lo que dijeron los magistrados españoles.

En primer lugar, el fallo hace una correcta descripción del problema que debía resolver. El tribunal explica en forma clara que el contrato de seguro tiene por finalidad cubrir las contingencias derivadas de un daño y que las exclusiones siempre perjudican al asegurado. Por ese motivo, las exclusiones deben ser tratadas con carácter restrictivo.

El fallo pondera esta situación que a pesar de su obviedad nuestros tribunales muchas veces pasan por alto. Como dicen las sentencias de 08/07/2002 y 20/11/2003, ha de partirse de que la exclusión del riesgo es efectiva cláusula limitativa, al repercutir negativamente en los derechos de los asegurados (SS. de 28/02/1990, 14/06/1994 y 24/02/1997), pues quedan privados de obtener el resarcimiento económico correspondiente de ocurrir el siniestro cubierto por la póliza, es decir que la cobertura se hace ineficaz y ninguna utilidad ha producido (19).

Luego de advertir la excepcionalidad de las exclusiones y que ellas siempre perjudican al asegurado, el fallo señala cómo deben ser redactadas las estipulaciones que limitan responsabilidad: Esta cuestión lleva a la interpretación y aplicación del art. 3° de la ley de 8 de octubre de 1980, que resulta imperativo que las Condiciones Generales se redactarán de forma clara y precisa y han de destacar de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que las ha de aceptar por escrito, sin dejar de lado que las mismas, en cuanto aminoren la indemnización pactada, son decididas y aportadas impresas al contrato por las aseguradoras... (20).

El fallo postula con claridad los fundamentos de la regla contra stipulatorem: a) Se trata de cláusulas que limitan la responsabilidad del asegurador y, por tanto, acorta los derechos del asegurado. b) Son cláusulas redactadas por el predisponente que se beneficia con ellas. c) Son cláusulas que no fueron negociadas con el adherente.

Estas razones justifican la obligación de redactar cláusulas que sean claras, fáciles de entender, precisas y que eviten las generalidades. En caso de no alcanzar esa exigencia la estipulación ambigua debe ser interpretada en sentido contrario a los intereses del predisponente.

En sentido similar, Rubén Stiglitz señala: Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está

dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda por no haberse expresado con claridad. Esta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura, sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos (21).

Compartimos con Stiglitz que no es suficiente que la cláusula sea de lectura comprensible sino que su contenido también debe serlo. De nada sirve que se entienda la letra de una cláusula si finalmente no se comprende el significado sustancial del negocio jurídico contenido en el contrato. La cláusula que pusimos como ejemplo adolecía, precisamente, ese defecto: era comprensible su lectura pero ambiguo su contenido.

En definitiva, la regla contra proferentem determina que toda ambigüedad debe perjudicar al estipulante y eso mismo resolvió el tribunal español: ...es doctrina reiterada de esta sala, ...que las dudas interpretativas sobre los contratos de seguro habrán de resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó... la interpretación jurisprudencial que deriva del art. 3º de la Ley de Contrato de Seguro; ... establece la regla contra proferentem, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ... (22).

La existencia de lodo en la maquinaria no fue casual suficiente para excluir la cobertura porque la deficiencia del mantenimiento no era una causal específica de exclusión de cobertura, salvo que se hubiera logrado acreditar el dolo del asegurado. El asegurado tiene obligación de atenuar las consecuencias del siniestro pero no a prevenir el daño. Ambas obligaciones son distintas. Pero frente a esta ambigüedad, el seguro no pudo invocar la exclusión de cobertura porque toda incertidumbre contractual se debe resolver en favor del asegurado.

En sentido coincidente, Stiglitz señala que: Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio. Todo ello justifica trasladar al predisponente las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas. Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o —lo que es lo mismo— su interpretación contraria a los intereses del predisponente (23).

La ambigüedad de un contrato no pasa únicamente por la claridad de su redacción. La vaguedad de un contrato de adhesión generalmente no se presenta en la letra del contrato sino en la disociación entre las expectativas (demasiado optimistas) de los adherentes y las prestaciones (limitadas) del producto.

Los usuarios tienden a creer, en forma optimista, que el producto que adquieren tiene más calidades que las que en realidad tiene. Un contrato para no ser ambiguo debe establecer claramente cuáles son las limitaciones del producto para evitar que las expectativas del cliente excedan las prestaciones reales del producto.

Esto nos obliga a investigar si el Estado debe controlar la redacción de los contratos o si debe esforzarse en lograr que no haya una brecha demasiado ancha entre las expectativas del adherente y las limitaciones del producto. Para ello, es preciso analizar cuáles son las expectativas de los usuarios. No se trata de satisfacer esas expectativas, sino ajustarlas a la realidad del producto.

Si un lego lee los textos legales de nuestro código se puede llevar la errónea impresión de que si se lograra mejorar la redacción de los contratos se solucionaría el problema de las relaciones de consumo. Sin embargo, sabemos que esto es falso. La falla, como ya dijimos, no está solamente en la redacción de los contratos sino en la compleja relación que los sujetos trazan entre sus anchas expectativas y las estrechas prestaciones del producto.

Pensamos que el Estado debe poner el esfuerzo en analizar en forma objetiva (estadística) cuáles son las expectativas más optimistas de los consumidores y luego hacer que los contratos se refieran a ellas en términos reales.

Los fabricantes de productos, sobre todo los líderes del mercado, manejan todo tipo de encuestas y estadísticas que informan con gran detalle y precisión los perfiles de preferencias de los consumidores y las debilidades de cada producto. Hay mucha información desparramada que el Estado puede coleccionar para luego analizarla con técnicos idóneos. Eso mejoraría las relaciones de consumo mucho más que estar a la caza furtiva de cláusulas abusivas aisladas, mutantes e inagotables.

No se trata, como ya hemos dicho, de aclarar la redacción de los contratos sino de precisar cuáles son las expectativas del adherente y luego confrontarlas con las limitaciones del producto o del servicio que se le ofrece en el acuerdo.

Un contrato muy bien escrito puede seguir siendo ambiguo en la medida que no aclare que las expectativas que los clientes tienen no podrán ser alcanzadas. Por el contrario, un contrato muy mal redactado pero que en su portada contenga un prospecto con un puñado de advertencias claras y notables seguramente será más útil para los usuarios.

Veamos un ejemplo tomado al azar. Si compramos un reloj de cierta tecnología seguramente no vamos a leer el contrato pero es muy posible que nos detengamos a leer algunas advertencias si ellas aparecen ni bien se abre la caja que contiene el producto. Estas advertencias, para ser notorias, deberán estar escritas con letra grande e incluir colores que llamen la atención del cliente. Estas notas destacadas deberían incluir por lo menos las siguientes avisos: 1) La batería de este reloj dura aproximadamente un año, de acuerdo a su uso. No se han registrado casos de duración que superen los dos años. 2) El sistema de GPS de este reloj sólo funciona mientras está

conectado a la red internet. No funciona al no estar conectado a internet. 3) Este reloj no es sumergible. Puede soportar leves mojaduras provocadas, por ejemplo, por una lluvia. Luego de ser expuesto al agua el reloj debe ser secado cuidadosamente para evitar inconvenientes en su sistema. EL reloj no puede ser sumergido ni utilizado para nadar. 4) La malla de este reloj es de caucho, material que usualmente es resistente al uso normal. Sin embargo, los reportes estadísticos indican que muchos usuarios deben cambiarla en los primeros 2 años de uso. Este dato puede variar en cada caso y de acuerdo al uso y el cuidado que cada usuario le dé. 5) Para mejorar su durabilidad se recomiendan los siguientes cuidados mínimos:...

Cada producto podría tener, de acuerdo a su complejidad, una breve lista con las cuestiones dudosas más frecuentes. Al resolverlas en un prospecto breve y de contundente claridad, las expectativas más optimistas de los usuarios podrían ser ajustadas a la realidad. Ese listado de frustraciones de expectativas demasiado optimistas, tendría un efecto informativo mucho más efectivo que el propio contrato que, por mejor escrito que esté, nadie lee.

La información, para ser eficiente, debe recaer sobre las cuestiones que los consumidores no solamente ignoran sino que se resisten a conocer. El objetivo de la información debe consistir en balancear el optimismo del usuario con las limitaciones reales de producto. Para que ello suceda es necesario que el adherente del contrato sea prácticamente obligado a leer lo que no quiere conocer.

Un muy buen ejemplo de la situación que estamos describiendo surge de la ley 26.687 que regula las publicidades sobre tabaco (24). El art. 7º de la citada ley es un ejemplo de lo que debe hacerse si realmente se quieren modificar las expectativas distorsionadas por el optimismo irracional. Prestemos atención a las cosas que dice este texto legal:

Art. 7º, ley 26.687. En todos los casos la publicidad o promoción deberá incluir uno de los siguientes mensajes sanitarios,

cuyo texto estará impreso, escrito en forma legible, prominente y proporcional dentro de un rectángulo de fondo blanco con letras negras, que deberá ocupar el veinte por ciento —20%— de la superficie total del material objeto de publicidad o promoción: a) Fumar causa cáncer; b) Fumar causa enfisema pulmonar; c) Fumar causa adicción; d) Fumar causa impotencia sexual; e) Fumar causa enfermedades cardíacas y respiratorias; f) El humo de tabaco es causa de enfermedad y muerte; g) La mujer embarazada que fuma causa daños irreparables a su hijo; h) Fumar causa muerte por asfixia; i) Fumar quita años de vida; j) Fumar puede causar amputación de piernas. En todos los casos se incluirá un pictograma de advertencia sobre el daño que produce el hábito de fumar, el que será establecido para cada mensaje por la autoridad de aplicación de esta ley.

La sola lectura de la norma es suficiente para entender que ella se concentra en advertir solamente sobre las condiciones que todo fumador se resiste a admitir. En eso consiste informar: advertir sobre aquello que nos resistimos a saber.

Algo parecido a lo que hace la ley 26.687 con el consumo de tabaco podría aplicarse al resto de las relaciones de consumo. Veamos algunos resultados estadísticos tomados luego de la sanción de la ley antitabaco.

En el año 2012, el 22,3% de la población refirió consumir tabaco, en una proporción mayor en varones que en mujeres —29,6% vs 15,7%—. Asimismo, entre los fumadores de cigarrillos, se evidenció que la mayoría lo hacía de manera diaria —17,1%— y el promedio de edad en la que se comenzó a fumar diariamente fue de 16,2 años. El promedio de cigarrillos fumados por día fue de 12,2, siendo mayor en varones —13,1— que en mujeres —10,9—, en el grupo de 50 a 64 años —17,7—, y, en general, en los fumadores diarios. Estos datos sugieren un descenso en la prevalencia de tabaquismo a lo largo de los años (Gráfico 1), comparando por ejemplo con la Segunda Encuesta Nacional de Factores de Riesgo

2009, en la que se registró una prevalencia del 27,1%. Esto evidencia una reducción de 700.000 fumadores desde el año 2009 (25) .

La muestra indica la estrecha relación que existe entre la ley y las campañas antitabaco oficiales llevadas adelante desde su sanción y la disminución del número de fumadores.

Luego de analizar los resultados de la primera implementación de la Encuesta Mundial de Tabaquismo en Argentina 2012, evidenciamos un descenso en la prevalencia de tabaquismo a nivel nacional. Este descenso está muy relacionado con la Ley Nacional de Control de Tabaco sancionada en 2011 y la gran cantidad de iniciativas provinciales y municipales que no sólo antecedieron temporalmente a la Ley nacional sino que además fueron pioneras en el cambio de conductas y de normalización del tabaquismo en Argentina. Sin embargo, aún son muchos los desafíos pendientes ya que 6,1 millones de adultos continúan fumando y más de la mitad de la población está expuesta al humo de tabaco ajeno (26).

No hay ninguna duda de que la información eficiente tiene directa relación con ajustar el relato que el optimismo irracional con la realidad. Si los productos y servicios contuvieran leyendas que advirtieran sobre sus limitaciones reales y en contra de los optimismos irracionales, las relaciones de consumo mejorarían tanto como empeoraría la renta de las corporaciones más grande. Esa es, finalmente, la puja que subyace en el fondo.

Para Ayres, el contrato debe informar principalmente dos cosas. En primer lugar, aquello que se sabe que los consumidores ignoran o tienen dificultad o aversión a conocer; y, en segundo lugar, las limitaciones del producto. En general ambas cosas coinciden porque los usuarios no quieren conocer las limitaciones de los productos que pueden adquirir (27).

II.6. Las cláusulas abusivas. El art. 988 del Código Civil y Comercial.

El código unificado trata las cláusulas abusivas en el art. 988. No es mucho lo que este texto legal le agrega a lo ya establecido en el art. 37 de la ley 24.240. Sin embargo, el legislador decidió incluir a los contratos de adhesión en el Código Civil y Comercial y esa decisión hizo forzoso regular también sobre las cláusulas abusivas.

La relación entre ellas y los contratos de adhesión es tan estrecha que muchas veces se cree, erróneamente, que la finalidad de los contratos de adhesión es incluirlas en sus contenidos cuando en realidad las estipulaciones abusivas responden a una realidad económica que trasciende la teoría general del contrato.

Veamos la redacción del texto legal propuesta en el código:

Art. 988.— Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Chamatropulos, sin dar una definición, se refiere a los aspectos relevantes de las cláusulas abusivas señalando que, Se observa que la nota principal está dada entonces por un desequilibrio sin causa legal que lo justifique entre los derechos y obligaciones puestos en cabeza de cada una de las partes de un contrato de consumo. Además de ello, el desequilibrio siempre debe perjudicar al consumidor y no favorecerlo (28).

En otro trabajo nos referíamos a estas cláusulas diciendo que, De allí surge que una cláusula abusiva es aquella que establece ventajas desmedidas para una de las partes de un contrato en perjuicio de la

otra. En pocas palabras, se trata de estipulaciones que establecen inusuales privilegios para una de las partes al tiempo que perjudican ostensiblemente a la otra. Lo característico de estas cláusulas es que sin que exista una razón que los justifique alteran de manera manifiesta el equilibrio contractual que debe primar entre las partes que un negocio jurídico (29).

La definición incluye las características que tienen las estipulaciones abusivas: a) Provocan un desequilibrio injustificado entre los derechos y las obligaciones asumidas por cada contratante; b) Ese desequilibrio debe implicar una ventaja desproporcionada para el proponente y, como contracara, una desventaja ostensible para el adherente.

En materia de estipulaciones abusivas nuestro código, con buen criterio, dispone reglas generales que luego deben ser integradas al interpretar cada contrato en particular. Así, por ejemplo, el primer inciso del art. 988, establece que son abusivas aquellas cláusulas contractuales que desnaturalicen las obligaciones del predisponente. Esta regla general procura proteger la equidad y el equilibrio razonable que debe existir entre los derechos y las obligaciones que cada contratante asume. Stiglitz, al referirse a este grupo de estipulaciones abusivas señala que: Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo (30).

El inc. b) del art. 988 Cód. Civ. y Com. prevé un segundo grupo de cláusulas abusivas. En ese caso, la regla general se refiere a las cláusulas abusivas que impliquen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias. En este caso, la intervención del contrato de adhesión se realiza para evitar que, so pretexto de ejercer la libertad contractual, una de las partes renuncie forzosamente a

derechos o exima, también a la fuerza, al estipulante de cumplir obligaciones que naturalmente debe asumir.

No es abundante recordar que la autonomía de la voluntad ha sido siempre utilizada para repartir en voz alta derechos cuya abdicación luego se exigía en silenciosos contratos de paródica paridad.

El segundo supuesto contemplado en el art. 988, Cód. Civ. y Com., que es muy similar al inc. b) del art. 37 LDC, interviene directamente sobre el principio de la autonomía de la voluntad. La disposición quiere evitar que esa regla se aplique en forma invertida y termine perjudicando al adherente.

El tercer inciso del texto legal se refiere a prevenir el fenómeno de las cláusulas sorpresivas; es decir aquellas que por su contenido, redacción o prestación, no fuesen razonablemente previsibles.

Juan Carlos Rezzónico fue uno de los primeros juristas nacionales en ocuparse de las cláusulas sorpresivas cuando examinó los contratos de adhesión en su obra más renombrada (Contratos con cláusulas predispuestas, 1987). En ese libro, Rezzónico decía: Es sorpresiva una cláusula... cuando los efectos que de ella se siguen resultarían, además de muy desfavorables, notoriamente inesperados para un cliente común (31) . La definición incluye los elementos necesarios para que una estipulación sea considerada sorpresiva: debe ser inesperada pero también desfavorable para el adherente. Ello implica que la nulidad de la cláusula sorpresiva está subordinada a su condición abusiva o injusta antes que a su sorpresa. Como bien señala Rezzónico, Los efectos son desfavorables para el adherente; es, dicho de otra manera, una cláusula injusta, ya que si en definitiva no constituyera un perjuicio para el cliente, se le quitaría un elemento imprescindible: el daño que autoriza su control (32) . Es decir, estamos frente a un caso de abuso que se concreta mediante una estipulación cuya característica es su capacidad de sorprender a un

gran número de los potenciales adherentes. Es decir que la generalidad de su formulación implica, también, lo sorprendente: podría afirmarse que todos los adherentes o la mayor parte de ellos pueden quedar atrapados (33).

Stiglitz, quizás sea más preciso que Rezzónico a la hora de identificar las características que deben tener estas estipulaciones: La cláusula se habrá de calificar de sorprendente cuando su uso no sea habitual al contratar sobre la base de cláusulas predispuestas. En ese caso, no vincula al adherente, por no integrar el contenido usual o previsible del contrato. Se trata de cláusulas tan insólitas que el adherente no imaginaba que integrarían el contenido del contrato (34).

El citado doctrinario describe acertadamente que el término "sorpresiva" alude a una estipulación poco habitual pero luego indica que debe tratarse de cláusulas tan insólitas que resultan inimaginables para el adherente. No coincidimos con esta calificación que es similar a la ofrecida por Rezzónico quien también afirmaba que las cláusulas sorprendentes "...además de ser muy desfavorables, notoriamente inesperadas para un cliente común...".

Nos preguntamos por qué motivo Stiglitz y Rezzónico ponen tan alta la vara para admitir que una estipulación sea sorprendente. ¿Hace falta que una cláusula sea tan insólita para ser sorprendente y abusiva?

Stiglitz, al explicar las estipulaciones que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, señala: "Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto) que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia" (35) . No alcanza, según el autor, con un desequilibrio simple y comprobado; para que haya abuso el desajuste debe ser significativo y, en sentido similar, la cláusula para ser sorprendente debe ser insólita e inimaginable.

Estos requisitos postulados Stiglitz no están previstos en la ley. El art. 988, Cód. Civ. y Com. se refiere simplemente a las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente (art. 988, apartado a) y a las que no fuesen razonablemente previsibles (art. 988, apartado c). La norma no subordina la definición a la existencia de un desequilibrio significativo o a que la estipulación sea insólita.

Es indudable que citado jurista apunta a que los magistrados utilicen criterios restrictivos para determinar cuándo una estipulación es abusiva o sorpresiva. Sin embargo, ese criterio es un apunte doctrinario subjetivo e interesado que no coincide con la letra de la ley. Por el contrario, en distintos artículos se dispone el principio opuesto (ver art. 3º LDC, y 1094, 1095 y concordantes del Cód. Civ. y Com.) y siempre que haya duda o incertidumbre se aplica el criterio más benéfico para el usuario. Esto implica que las estipulaciones contractuales que sin llegar a ser 'insólitas' son inhabituales o dudosas en cuanto a su finalidad deben ser interpretadas en el sentido más favorable al adherente.

Acierta Chamatropulos cuando, aún antes que nosotros, formula su crítica al pensamiento de Stiglitz: "Por otra parte, precisar que el desequilibrio debe ser 'significativo' puede generar en la práctica algunos resultados disvaliosos, pues quedaría permitido que el proveedor desequilibre de una manera 'no significativa' un gran número de contratos de consumo que celebre, lo que produciría, en última instancia, una mejora general de su situación en desmedro de los consumidores" (36).

En efecto, subordinar la abusividad de una estipulación contractual a que el desequilibrio que provoque sea significativo, y la condición de sorpresiva a que la cláusula sea insólita sólo puede tener un resultado: disminuir los derechos de los adherentes y aumentar los del estipulante.

Los contratos de adhesión reciben una marcada intervención legal. Esa injerencia marcha en varias direcciones. Primero, se dispone

que todas las ambigüedades del contrato perjudiquen al adherente. Segundo, se establece la nulidad de aquella estipulación que fuerce a los adherentes a renunciar derechos o que permita incrementar los derechos del estipulante o que resulten negativamente sorprendidas para los adherentes.

Todas las normas que regulan los contratos de adhesión deben interpretarse en sentido amplio y favorable al adherente. No hay ninguna razón que avale el tratamiento restrictivo que propone Stiglitz.

II.7. La integración judicial del contrato. El art. 989, Cód. Civ. y Com.

i) Presentación. Esta norma regula dos cuestiones trascendentes que previenen que los contratos de adhesión sean un campo minado por estipulaciones abusivas. En primer lugar dispone los jueces que descubran una cláusula abusiva puedan declarar su nulidad y, en simultáneo, integrar el contrato con otra que sea equitativa. En segundo lugar la norma permite el control judicial de aquellos contratos que previamente hayan sido aprobados por alguna autoridad oficial.

ii) La integración. El art. 989 del Cód. Civ. y Com. incorpora una regla específica en los contratos de adhesión y los de consumo que consideramos trascendente: la facultad de intervenir el contrato que contenga estipulaciones injustas. Veamos el texto legal:

Art. 989. Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad (37).

La intervención no se limita a declarar nulo al contrato. La norma le permite al magistrado que evalúe la posibilidad de integrar el

contrato quitando la cláusula injusta y poniendo en su lugar otra que no lo sea. Se trata de una modificación legislativa de gran importancia porque le adjudica a la buena fe contractual un carácter exorbitante. Como bien apunta Atilio Alterini: En todo caso, la regla de buena fe determina que los jueces resuelvan las cuestiones de nulidad total o parcial del contrato, o de su modificación, procurando asumir qué actitud habría adoptado un contratante de buena fe, en la esta previa a la formación del contrato o en su celebración, según sea el caso. Ello, aunque en la situación particular el contratante haya obrado de mala fe (38).

En similar sentido, Antonio Boggiano sostiene: "El juez también puede cumplir una tarea recreadora o integradora. Si declara la nulidad parcial del contrato, debe juzgar sobre su posible subsistencia para el cumplimiento de su fin. Si lo juzga insubsistente, juicio que puede requerir mucha prudencia, debe integrarlo crenado las cláusulas justas para la consecución del fin del contrato. He aquí una difícil función judicial" (39).

Es realmente ejemplificador y justo obligar a la parte que ideo un negocio abusivo a concretarlo mediante un contrato equitativo. El remedio de la integración contractual es, además, la solución más adecuada para los usuarios que quieren culminar la relación de consumo. Este es otro aspecto fundamental de la norma que comentamos porque ella procura que la operación jurídica se concrete en mejores términos. No debe olvidarse que la mayoría de las veces la nulidad total del contrato termina siendo un premio para quien elaboró un negocio cuya única finalidad era lucrar con el abuso.

El proveedor que propone un contrato abusivo no tiene como opción hacerlo más justo. Si el abuso no prospera la mejor opción empresaria es retirarse del negocio y no hacerlo más equitativo. Los negocios abusivos se organizan sabiendo de antemano que sólo serán rentables si se impide que los jueces los modifiquen o los integren con estipulaciones más equitativas.

La intervención judicial es un riesgo enorme para los empresarios inescrupulosos. Nuevamente acierta el Profesor Kessler cuando, tantos años atrás, señalaba que los contratos de seguros son realmente ingeniosos al momento de diseñar cláusulas cuya única finalidad es evitar la intervención jurisdiccional. Las grandes corporaciones que siempre lideran el mercado saben que el mayor riesgo que corren sus negocios es caer en manos de jueces dispuestos a hacer justicia. Las condenas en los países desarrollados suelen ser contundentes y ejemplificadoras.

Un abismo cultural nos separa de esas realidades (40).

iii) El control de legalidad. Finalmente, como dato alentador, el art. 989 trae otra novedad que si bien era más o menos aceptada por la jurisprudencia ahora es incluida en la ley. Nos referimos a la facultad que tienen los jueces de examinar la legalidad de los acuerdos que previamente han sido visados por la respectiva autoridad de aplicación.

Para Muguillo, La aprobación administrativa de algunos contratos (por ejemplo, de seguros o de tarjetas de crédito) no otorga un bill de indemnidad al contrato, por lo que cuestionado este, queda sometido al control judicial y en caso de decretarse la nulidad de alguna cláusula, el tribunal deberá integrar el contrato si en virtud de esa anulación no pudiere el contrato cumplir con su finalidad (41) .

De todas estas cuestiones se ocupa el art. 989 Cód. Civ. y Com. Es, pensamos, una norma trascendental que tendrá fuerte impacto en el ordenamiento legal, siempre y cuando los magistrados asuman la responsabilidad de usar las facultades que el legislador puso a su disposición.

III. Los contratos de adhesión, lo contratos no leídos y la responsabilidad

III.1. Presentación

En esta última parte de este ensayo vamos a compartir algunas reflexiones propias y otras tomadas del derecho norteamericano relacionadas con los contratos de adhesión (42).

Hay un hecho que todos conocemos o al menos intuimos sin animarnos a decirlo: existe la certeza de que los contratos de adhesión no se leen. Esto significa que a lo largo de nuestras vidas vamos a firmar cientos de contratos de adhesión siendo lo más probable que pasemos la vida entera sin que leamos ninguno.

En los párrafos que siguen vamos a tratar de analizar este problema y proponer soluciones para atenuar el conflicto entre el contrato predispuesto incomprensible y el contrato de adhesión que no es leído por más que sea comprensible.

Como hemos visto, el art. 985 Cód. Civ. y Com. dispone que las cláusulas predispuestas en los contratos de adhesión deban estar claramente redactadas además de ser comprensibles, completas y de fácil lectura. El legislador, con buen criterio, supone que para un usuario medio debe ser muy difícil entender las complejidades de un contrato de seguro o un mutuo bancario plagado de fórmulas financieras. Luego, también con buen criterio, asume que los contratos más comprensibles facilitan el entendimiento de quien debe leerlos. Estas dos suposiciones son irrefutables; pero también son insuficientes para solucionar los verdaderos problemas que plantean los contratos de adhesión.

Veamos, primero, algunos enunciados que no dan lugar a dudas para luego analizar las cuestiones más inciertas y dilemáticas:

a) Los contratos de adhesión en general describen operatorias técnicas muy complejas para los usuarios;

b) A mayoría de las veces los contratos de adhesión están redactados de tal forma que incrementan las dificultades para entenderlos;

c) Los contratos más claros y mejor redactados facilitan su lectura y comprensión.

Todas estas formulaciones son ciertas pero sólo se refieren a una parte del problema. En efecto, ellas aluden a las exigencias que deben cumplir los empresarios con relación a la forma en que deben redactar los contratos. Sin embargo, el hecho de redactar un contrato en forma clara y comprensible no garantiza que sea leído por los eventuales adherentes. Por el contrario, la data disponible informa que por más claro que sean los contratos no los lee nadie.

Los contratos de adhesión, entonces, presentan dos problemas serios por más que siempre se acentúe uno y se disimule el otro. Primero: su redacción es incomprensible. Segundo: nadie los lee. Esto significa que estamos frente a una situación compleja que involucra a los estipulantes del negocio y también a sus adherentes.

III.2. ¿Alguien lee los contratos? ¿Los contratos que no se leen no son obligatorios?

Según una muestra analizada por Ian Ayres que incluyó a 50.000 personas que realizaron compras online en 70 sitios de internet distintos solo una o dos de cada mil personas lee los contratos. Esto significa que de esos cincuenta mil usuarios menos de 100 habían leído las condiciones contractuales del producto que adquiriría. El dato estadístico es aún más dramático porque no hay ninguna certeza de que las dos personas que acceden al contrato apretando la tecla enter de su computador lo lean. Para que se entienda bien: queda registrada la visita a la página que contiene el contrato pero ello no acredita su

lectura. Lo más probable es que esas personas se hayan limitado a revisar rápidamente el acuerdo sin llegar a leerlo de manera sustantiva (43).

Esta cruda realidad duplica el problema que analizamos porque siempre pensamos, y lo seguimos haciendo, que los contratos predispuestos son intencionalmente mal redactados para evitar su comprensión. Sin embargo, nunca nos pusimos a pensar que por mejor redactados que estuvieran si no se leen el resultado es exactamente el mismo: la desinformación del usuario.

Una vez planteado el problema en términos de una dialéctica que involucra a empresarios que hacen contratos confusos y usuarios que se niegan a leerlos surgen una serie de preguntas incómodas y de difícil respuesta:

a) ¿Se le puede exigir a los usuarios que lean los contratos?;

b) En caso afirmativo, ¿se los puede responsabilizar de los riesgos asociados no leer los contratos que firman?;

c) Si no se obliga a los usuarios a leer los contratos y no se los responsabiliza por la omisión de su lectura, ¿qué sentido tiene obligar a los proveedores a que redacten contratos comprensibles y de fácil lectura?;

d) ¿Es suficiente con postular la vulnerabilidad del sector de los usuarios y consumidores para liberarlos de toda responsabilidad en las relaciones de consumo?

Para estos interrogantes apenas tenemos algunas respuestas vacilantes. No obstante, nos parece que vale la pena pensar soluciones para estos dilemas porque los contratos de adhesión no van a retroceder y los usuarios no van a leerlos.

Este primer diagnóstico pesimista nos permite anticipar una conclusión provisoria. No se puede tolerar que los contratos sean

deliberadamente incomprensibles pero tampoco que los adherentes asuman obligaciones como si el acuerdo no las tuviera o ellas no fueran exigibles. Es importante no perder de vista que los contratos, incluso los de consumo, son obligatorios y exigibles por más que los proveedores asuman una responsabilidad mayor.

III.3. La obligación de informar vs. La omisión de informarse

El título anuncia una aporía difícil de vencer porque formula la imposibilidad (aparente) de hacer compatible el deber de informar del estipulante de contrato con la negativa a informarse del adherente. En principio, ambas tendencias se repelen y no pueden subsistir simultáneamente.

Esta incompatibilidad entre dos enunciados que son ciertos hace necesario que se asuma una posición más flexible o más rígida en favor o en contra de quien informa y/o de quién debe informarse. Dicho de otro modo; para romper la paradoja hay dos alternativas: o se responsabiliza al predisponente por la no lectura de los contratos, o se obliga a los adherentes a que asuman los riesgos de no leerlos.

Sin embargo, somos conscientes de que la elección de una u otra opción deja una laguna de injusticias demasiado grande. Es necesario encontrar fórmulas que hagan compatible la información que deben contener los contratos con la tendencia tan firme a no leer esos contratos. ¿Es posible encontrar un punto de equilibrio razonable entre ambas posturas?

Creemos que sí. Por más difícil que parezca, las dos posiciones pueden convivir sin mayores dificultades obligando a los estipulantes a mejorar la técnica contractual y a los usuarios que realicen consumos responsables. Esto implica que los contratos de adhesión deben ser más comprensibles y que los usuarios asumen el riesgo de adherirse a un contrato que no leen. Pero, claro, eso no implica que las estipulaciones abusivas sean exigibles porque ellas son

nulas por más que el contrato sea claro y que no sea haya sido leído. Dicho de otra manera: ni la redacción clara ni la falta de lectura subsana el vicio de una cláusula abusiva. En sumario, el adherente asume los riesgos de contratar un servicio o adquirir un producto sin leer sus limitaciones pero no carga con la obligación de aceptar condiciones abusivas.

Las expectativas razonables, la buena fe y el abuso de derecho. Entendemos que es posible lograr que los contratos de adhesión sean más comprensibles y que los adherentes estén mejor informados. Sin embargo, para lograr ese objetivo debe ponerse mayor atención en las expectativas razonables que un producto genera en las personas que lo van a adquirir.

El debate de los contratos de adhesión, en definitiva, debe girar en torno a las expectativas razonables de los adherentes, la buena fe de ambos contratantes y el abuso de derecho. Aún antes de adquirir un producto normalmente se tiene una idea más o menos aproximada y más o menos distorsionada de lo que van a adquirir. Es fundamental investigar qué idea tienen los usuarios de un determinado producto antes de adquirirlo. De hecho, todas las grandes empresas saben muy bien qué busca su clientela.

En los contratos de adhesión, cuyo protagonismo en la actualidad es prácticamente excluyente de otras configuraciones contractuales, la buena fe y el abuso de derecho van a ser piezas indispensables para armonizar las tensiones entre los proveedores que hacen contratos deliberadamente confusos y los adherentes demasiado apáticos frente a las obligaciones que asumen.

Un poco antes dijimos que se podía imponer a los consumidores una posición más rigurosa o más protectoria con relación a las obligaciones que asumen al suscribir un contrato de adhesión. Veamos algunas variantes.

(i) En primer lugar, puede alentarse la tesis que sostiene que estos contratos no dejan de ser acuerdos libremente aceptados por el adherente en pleno ejercicio de su discernimiento, su intención y su completa libertad (art. 260, Cód. Civ. y Com.). El resultado de esta posición implica que los contratos de adhesión, salvo que se demuestra el engaño deliberado o la coacción extrema de parte del proveedor, se presumen leídos, entendidos y aceptados por el adherente. Esta solución, en principio, parece ser la que adopta buena parte de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana (44).

(ii) Una segunda posición, más moderada, sostiene que para ser exigibles los contratos de adhesión deben ser claros, comprensibles y de fácil lectura. Esta solución es la que parece seguir nuestro Código Civil y Comercial en el art. 985 cuando establece: "Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible".

En la primera versión se presume la comprensión general del acuerdo suscripto o consentido por el adherente. En ese asentimiento de buena fe reposa la exigibilidad del contrato. En la segunda concepción, la mirada está puesta en la obligación del estipulante de hacer un contrato comprensible: la exigibilidad del acuerdo está subordinada al cumplimiento de esa obligación.

Como puede advertirse, en ambos casos el contrato sólo será exigible si fue celebrado de buena fe y no contiene estipulaciones abusivas. Las dos posturas concluyen en un mismo punto: la buena fe de los contratantes y el abuso de derecho. Sin embargo, ese punto de encuentro no alcanza para esclarecer las dos cuestiones más importantes; a saber: a) cuándo un contrato será lo suficientemente claro para ser exigible; b) cómo hacer que sea comprensible un contrato que no se lee.

Es que, tanto la presunción de que el contrato predispuesto por el estipulante es comprensible como aquella que supone que es

entendido por el adherente implican otra presunción adicional sin la cual ellas mismas quedarían irrevocablemente derogadas; se trata de la presunción de que el contrato de adhesión es efectivamente leído por los adherentes. Después de todo, se exige que los contratos sean comprensibles para que puedan ser leídos y comprendidos. Sin embargo, la presunción de lectura no es tal sino que más bien se trata de una ficción porque todos saben, con rigor estadístico, que los contratos no se leen. Nadie los lee. Y por más presunciones legales que existan, es imposible comprender un contrato que no se lee. Dicho de otro modo: la presunción de lectura es peligrosamente falsa.

No participamos de la visión que pone en cabeza del adherente todos los riesgos de no leer los contratos. No obstante, tampoco se puede justificar que nunca nadie lea ningún contrato.

El punto de encuentro no es la utópica lectura de un contrato interminable sino la comprensión de las limitaciones del producto. Y quizás en este punto nos acerquemos un poco más a la primera concepción. Veamos. En la medida que el adherente tenga un nivel de expectativas acordes al producto (o servicio) que adquiere el contrato puede exigirse sin lastimar la buena fe o la posición más débil del adherente.

Es necesario volver a pensar al contrato y examinarlo como un programa de conductas futuras en el cual una parte promete dar o hacer algo a cambio de recibir un precio u otra prestación a cambio. Ese pacto de intercambios siempre implica una proyección hacia el futuro en tanto alguien asume una obligación pero gana el derecho de exigir, en el futuro, el cumplimiento voluntario o forzado de la contraprestación pactada.

El acto de contratar lleva implícita la idea de asumir el porvenir y cargar con sus riesgos porque en el futuro no hay certezas. La posterioridad es una llanura poblada por expectativas que son esperanzadoras, tristes, alegres, reconfortantes, desoladoras o exultantes. El futuro se nos presenta como una simultaneidad de

emociones contrapuestas porque en materia de expectativas hay para todos los gustos. No obstante, para no alejarnos demasiado del tema adelantamos una conclusión aún sabiendo que no solamente es prematura sino insuficiente: la clave de los contratos son las expectativas de los contratantes, las incertidumbres de las promesas y los riesgos de que ellas no se cumplan o, peor, que al cumplirse causen decepción.

III.4. ¿Cómo equilibrar las obligaciones del estipulante con los deberes del adherente?

Como bien señala Ayres, se debe poner el mayor esfuerzo en que los usuarios sepan que sus expectativas frente al producto son exageradamente optimistas (45). El equilibrio contractual de nuestros días consiste en disminuir la brecha que separa las expectativas optimistas de las limitaciones reales que los adherentes tienen frente a los productos que adquieren.

Veamos un ejemplo. Para quien compra un reloj no es tan importante leer un interminable contrato como sí lo es saber y entender que la leyenda 'resistente al agua' no significa que el reloj sea apto para bucear y espiar —a escondidas— a la bella ballena Franca Austral en aguas de Puerto Madryn Caribe sino que debe conformarse con pasar airoso un aguacero del insoportable verano de Buenos Aires.

La buena fe, como categoría jurídica y como principio general del derecho, no requiere que los adherentes lean contratos que difícilmente puedan entender ni que los proveedores se esfuercen en hacer fácil lo que es difícil con el riesgo de caer en insuficiencias técnicas. Pero esa misma buena fe exige que tanto los estipulantes como los adherentes de los contratos de adhesión asuman obligaciones y que se hagan cargo de su incumplimiento. La buena fe del estipulante se debe manifestar principalmente en la etapa previa a la concreción del contrato; al momento de recibir el asentimiento del adherente el proveedor debe ofrecer (siendo esta una de sus obligaciones principales) la información necesaria y eficiente para

prevenir situaciones lesivas. La información debe cumplir el objetivo final de prevenir daños. Como dice De Lorenzo: En materia de manifestación de la voluntad o acto jurídico, el nuevo Código mira a prevenir las causas que conducen al vicio del consentimiento. Por eso regula el error reconocible, la transparencia, las cargas de información, publicidad, cargas de comunicación y, por ejemplo, en el contrato de franchising (art. 1514) se encarga de aconsejar a la parte débil sobre las bondades económicas y financieras del contrato (46).

El ejemplo del contrato de franchising señalado por De Lorenzo es de notable utilidad para el punto que tratamos. En efecto, el art. 1514 Cód. Civ. y Com. establece en su inc. b) que unas de las obligaciones principales del franquiciante consiste en: "...comunicar al franquiciado el conjunto de conocimientos técnicos, aún cuando no esté patentados, derivados de la experiencia del franquiciante y comprobados por este como aptos para producir efectos los del sistema franquiciado". Esta situación que la ley contempla para regular las relaciones contractuales entre franquiciante y franquiciado perfectamente puede ser aplicada a los contratos de adhesión.

Por su parte y en la misma dirección, el notable Waldo Sobrino nos regala una sutileza propia de su pensamiento lúcido al hacer un distingo entre las nociones de informar y aconsejar. Así, el impar jurista de San Isidro sostiene que la obligación de informar es genérica mientras que el deber de aconsejar es puntual y focalizado sobre cuestiones concretas. Ya hemos analizado que el Deber de información tiene características más amplias que el Deber de consejo que es mucho más individualizado, para el consumidor en especial... en el Deber de consejo se tiene que hacer un análisis más particularizado para el consumidor puntual y concreto, respecto si dicho producto o servicio va a servir para cumplir con las expectativas razonables objetivas que puede derivarse de dicha relación de consumo (47).

No sería dificultoso obligar a los proveedores a que comuniquen aquellos conocimientos que, aún siendo informales, empíricos o estadísticos, adviertan sobre situaciones que puedan

afectar el uso y/o goce del producto y/o el servicio. La información debería asumir, como sugiere Sobrino, el papel del consejo franco que el experto le debe ofrecer al profano para evitar que este tropiece con los obstáculos que el primero conoce de antemano.

El deber de informar no se satisface juntando toneladas de palabras en un contrato; la información útil se asemeja al consejo que el sujeto que más sabe está obligado a compartir con quien lo necesita; y esta obligación de consejo lo hace responsable de su ocultamiento.

Muchas veces los contratos incluyen cuestiones que dificultan su redacción clara y su lectura fluida; sin embargo, ello no debería ser un obstáculo para que los usuarios sepan cuáles son las limitaciones reales que el producto tiene con relación a sus expectativas más optimistas. La dificultad técnica no impide que los contratos sean claros a la hora de advertir las limitaciones del producto. Todos los proveedores saben cuáles son los puntos dudosos de un producto y cómo actúan las expectativas optimistas en la conciencia de sus clientes. Sin embargo, lo cierto es que los empresarios especulan con ese optimismo irracional y lejos de intentar aplacarlo lo alimentan con publicidades tan inverosímiles como atractivas.

Para combatir este problema la doctrina anglosajona ha desarrollado una teoría que establece un juego de presunciones para equilibrar las obligaciones del proveedor (redactar contratos comprensibles) con los deberes de los consumidores (leer los contratos o asumir los riesgos de no leerlos). Así, los tribunales de Estados Unidos, desde finales del siglo XIX, sostienen la doctrina del "deber de lectura de los contratos" (The duty to read) según la cual los proveedores tienen el deber de redactar contratos claros y los usuarios la obligación de leerlos o asumir los riesgos de su omisión.

Algunos fallos explican esta dinámica en forma tajante:

En *Lewis v. Great Western Railway* (1860) (48), el magistrado que intervino dijo que era absurdo sostener que un contrato, que es

un documento solemne y libremente firmado no genere ninguna obligación para una de las partes. Quien suscribe un contrato asume obligaciones; el asentimiento del contrato implica la subordinación del contratante a los términos del contrato, no siendo admisible que un contratante alegue no estar obligado porque no lo leyó el contrato (49).

Probablemente, en los días de *Lewis v. Great Western Railway* los contratos fueran menos complejos o los principios contractuales más rígidos o las relaciones de consumo menos importantes, o que los pasajeros de tranvías fueran mejores lectores o las compañías ferroviarias más impunes. Lo más probable es que sucediera un poco de todas estas cosas. Sin embargo, por el motivo que fuera, este criterio se fue atenuando con el correr del siglo XX.

En *McKenna v. Metropolitan life insurance* (2005) (50), la doctrina del "deber de lectura" encuentra un equilibrio más equitativo. En este asunto se establece que los contratos escritos son obligatorios y exigibles siempre y cuando el usuario haya tenido oportunidad real de leerlo antes de su firma. De esta forma, la doctrina encuentra un nuevo piso: se obliga al adherente solamente si tuvo oportunidad real de leer el contrato antes de perfeccionarlo.

En verdad, se trata de presumir legalmente que aquel que efectivamente pudo leer el contrato antes de firmarlo lo ha entendido cabalmente y, por tanto, queda obligado a sus términos. La presunción legal, desde luego, admite la demostración del fraude o engaño del predisponente.

Según Ayres, se constituye un nuevo punto de partida para lograr equilibrios que mantengan la seguridad jurídica del tráfico de riqueza sin lastimar la equidad en las relaciones jurídicas, sobre todo las de consumo (51).

Es este, finalmente, el dilema que subyace: ¿cómo equilibrar la seguridad jurídica con la equidad en las relaciones contractuales? La dificultad consiste en no arruinar la seguridad jurídica, permitiendo

que la no lectura de los contratos los prive de su obligatoriedad, y en no burlar la equidad, haciendo que sean exigibles aquellos contratos tan incomprensibles como injustos.

Por más que la jurisprudencia norteamericana haya evolucionado y se hayan atenuado algunos criterios, la doctrina del 'deber de lectura' no puede superar las dudas que genera. En particular, no puede dar por cierto que quien compra —por ejemplo— un teléfono celular en una tienda pueda realmente leer ese contrato en los pocos minutos que pasa en la tienda antes de pagarlo. Lo cierto es que los contratos no se leen ni siquiera cuando se tiene la oportunidad real de leerlos y, por tanto, menos se leerán cuando esa oportunidad está disminuida por circunstancias concretas.

III.5. Los diagnósticos correctos y las posibles soluciones

El problema derivado de la no lectura de los contratos sigue vigente. Sin embargo, ya hemos asumido una parte importante del problema y ello quizás nos acerque un poco más a una solución equilibrada.

Para entender el universo en el que se desarrollan los contratos de adhesión se debe partir de las siguientes premisas fácticas:

- (i) Los contratos no se leen.
- (ii) Los contratos son obligatorios y no pueden perder esa condición por el hecho de que los adherentes no los lean.
- (iii) No se pueden permitir las cláusulas abusivas pero tampoco se puede desobligar completamente a los adherentes de sus deberes básicos.
- (iv) Los adherentes tienen expectativas optimistas frente a los productos que adquieren en el mercado.

(v) Las expectativas optimistas, aunque sean falsas, aumentan la demanda del producto y tienden a conservar el precio alto o incluso aumentarlo. El sector de la producción de bienes y servicios se beneficia con la percepción optimista que sus productos logran.

(vi) Por el contrario, las expectativas pesimistas achatan la demanda del producto y hacen caer su precio.

(vii) El optimismo de los adherentes estimula la redacción de contratos oscuros que esconden las limitaciones del producto. El contrato, entonces, no es abusivo por la inclusión de una cláusula sino porque incrementa las expectativas irracionales del adherente.

El optimismo aumenta la demanda del producto y el pesimismo la deprime. Y eso alcanza para explicar que el empresario desarrolla una natural tendencia a estimular las expectativas y a evitar las informaciones realistas que las desalienten (52).

Entre nosotros, Lorenzetti ya había advertido el problema del optimismo que aumenta las ventas y el pesimismo que frena el impulso consumidor: Es costumbre que el empresario oculte información al consumidor, porque se la revelara podría no celebrarse el contrato (53).

(viii) Para conocer las expectativas de los usuarios es preciso obligar a los empresarios a que realicen encuestas periódicas que informen sobre esas expectativas. De hecho, los empresarios que lideran el mercado conocen al detalle las expectativas optimistas que su clientela tiene con relación a la marca. La mala fe consiste en mantener o aumentar esas expectativas tan optimistas como irreales.

(ix) Las limitaciones de los productos que contrarían las expectativas conocidas de los clientes deben ser resaltadas con letras y colores notables y expuestas en la caja de los productos y/o en prospectos separados del contrato de adhesión.

(x) Las estipulaciones contractuales que limiten, condicionen o restrinjan las expectativas razonables de los adherentes sólo serán exigibles si son remarcadas como se indicó en el antecedente. Por el contrario, si la cláusula contractual coincide o supera las expectativas del los adherentes no deberán ser remarcadas (54).

III.6. ¿Qué saben y qué no saben los consumidores que consienten un contrato de adhesión?

Es muy probable que quien se dispone a comprar un bien o suscribir un servicio sepa bastantes cosas del producto que desea. Ayres sugiere que en la actualidad los usuarios conocen de los productos que consumen más cosas de lo que normalmente se supone. Este fenómeno puede explicarse fácilmente porque las fuentes de información se han multiplicado desde la aparición de Internet. No puede soslayarse que vivimos una época donde la información está tan cerca de la mano derecha como la tecla enter de una computadora o de un 'Smartphone' (55). Es más frecuente de lo que se supone que una persona, antes de realizar una compra, realice una investigación sobre el producto y sobre la experiencia que otros usuarios tuvieron.

En ese orden de ideas, los informes que anualmente realiza la Cámara Argentina de Comercio Electrónico avalan que el consumidor actual está más informado de lo que se piensa. Veamos (56):

(i) Un 70% de los compradores online se describen a sí mismos como 'curiosos' que antes de comprar hacen profundas investigaciones acerca de la operación que quiere realizar. Estos compradores curiosos antes de realizar su compra consultan la experiencia de otros usuarios predecesores.

(ii) Un 65% de los consumidores online antes de efectuar una compra compara las distintas marcas que se ofrecen en el mercado. La comparación y confronte de marcas es otra condición muy importante para mejorar los consumos.

(iii) Si bien es cierto que el 90% de los compradores online busca los mejores precios, el 54% orienta su búsqueda según las características del producto. Estos dos datos combinados indican que los usuarios buscan precios compatibles con la calidad de los productos que desean. Esto significa que el consumidor de nuestros días vincula el valor de la oferta con la calidad que pretende del producto; esto pone de relieve la existencia de un sujeto de consumo más maduro y equilibrado de lo que suponíamos.

Si bien es cierto que el consumidor está más informado sobre algunos aspectos de los productos que adquiere, hay vastas zonas que ignora por completo. Por lo tanto, la tarea informativa debe concentrarse en advertirlo acerca de lo que ignora sin abrumarlo con datos secundarios que probablemente conozca.

Nada irrita más a un usuario que un prospecto repleto de información innecesaria y en el cual resulta imposible encontrar el dato que se busca. Las estadísticas a las que antes aludíamos pueden determinar qué cosas espera un consumidor del producto que adquiere.

No sería difícil lograr que un prospecto breve y bien resaltado informe las cuestiones que más dudas e interés generan en el público. La solución no consiste en obligar al usuario a leer el contrato ni caer en la peligrosa presunción legal de que lo leyó porque todos saben que los contratos no se leen. Es preciso lograr que la información se concentre en advertir las limitaciones del producto o servicio que sean ignoradas por el adherente. Como lo sugieren nuestros mejores doctrinarios, es preciso vincular la noción sustantiva de informar, con la de prevenir los daños. Así, Sobrino reflexiona: La importancia de la información vinculada con la prevención en favor de los consumidores, fue claramente señalada por el profundo doctrinario Alejandro Chamatropulos, quien parafraseando a la autora belga... que enseñaba que la información al consumidor tiene... un efecto preventivo: permite al consumidor renunciar a un contrato que no responda a sus expectativas (57) . En coincidencia con este

pensamiento, antes decíamos que informar correctamente consiste en achatar las expectativas optimistas de los consumidores al punto de poner en peligro la concreción del contrato. Por eso no se informa o se disimula la única información relevante: porque la información sustantiva deprime las ventas.

En resumen, si la ley y el Estado en general pudieran asegurar que los contratos contengan la información de las cosas que normalmente los usuarios ignoran, buena parte del problema estaría solucionado. Como dice Ayres, los contratos solamente deberían describir con claridad las cosas que usualmente los usuarios ignoran (58).

A veces pensamos que los acuerdos de adhesión son acuerdos exóticos que vinculan a empresarios que disimulan las adversidades del producto con usuarios que no desean conocerlas (59). Pensamos que es necesario lograr un encuentro dialéctico entre proveedores que esconden las limitaciones de un producto y consumidores que las niegan irracionalmente. El objetivo debe consistir en lograr que las expectativas del consumidor sean compatibles con las prestaciones del producto.

Conclusión provisoria sobre la buena fe: Es fundamental interpretar la buena fe de los contratantes. En principio, el análisis debe caer sobre la buena fe de los estipulantes a la hora de informar las limitaciones del producto; pero también es muy necesario considerar y someter a examen la buena fe de los adherentes para informarse adecuadamente y sin caer en optimismos injustificados.

Si el contrato es claro y rico en información sustantiva que fácilmente pone al alcance de los adherentes, estos deben correr con los riesgos de no informarse.

En eso consiste, a nuestro ver, la buena fe que cabe exigirle a cada parte de este acuerdo tan atípico que sólo aceptamos llamar contrato para no generar más disensos con la doctrina.

III.7. El consentimiento del contrato y las expectativas

III.7.a. Presentación

Para Lorenzetti, el tema de las expectativas que los productos o servicios generan en los consumidores está relacionado con diversas cuestiones. En primer lugar, la expectativa reposa en la confianza que el usuario le otorga al proveedor; esta situación se acentúa cuando el proveedor ejerce un claro liderazgo en el mercado. En este caso, la confianza ocupa el lugar del conocimiento real que es muy complejo y está lejos del alcance del usuario promedio.

El citado autor explica bien la relación que existe entre la apariencia de calidad de un producto y la confianza que se tiene en el productor. La expectativa es un intangible se construye con las promesas de calidad y con la confianza en quién hace la promesa. Por esa razón sostenemos que en el plano conceptual es necesario utilizar la noción de apariencia jurídica para sostener que hay oferta contractual de bienes o servicios, y la confianza para juzgar la aceptación. Estos instrumentos tienen importancia decisiva a la hora de la formación del consentimiento contractual, en materia de responsabilidad por daños y en el plano de la jurisdicción aplicable (60).

Más allá de no compartir gran parte de sus ideas, que luego se reformularon como sentencias de la Corte Suprema de Justicia, debemos admitir que Ricardo Lorenzetti fue uno de los primeros autores en postular que la responsabilidad del proveedor nace por generar las expectativas que el usuario tiene en el producto. Recordemos que tiempo atrás este autor decía: El problema es regular la oferta, la publicidad y la información antes que la negociación... Un ejemplo de ello es que la regla de que la publicidad integra la oferta,... si se considera que la publicidad integra la oferta, la mera aceptación por parte del consumidor perfecciona el contrato y estamos ante una acción de cumplimiento contractual (61).

Efectivamente, el problema de las expectativas es anterior a la redacción del contrato y a su eventual adhesión por parte del adherente; ello implica que la solución consiste en atacar la generación publicitaria de expectativas irracionales. En otro trabajo nos ocupamos de estas cuestiones y sostuvimos que, Las grandes marcas se fortalecen con multimillonarias campañas publicitarias; las corporaciones compiten no por la calidad del producto sino por la manera de instalarlo en el mercado de consumo. Por eso, identifican los perfiles de los consumidores según sean sus edades, sus pertenencias culturales, sociales y económicas. Lo cierto es que ningún producto podrían circular en el mercado si no fuera sostenido por una eficiente campaña publicitaria (62).

III.7.b. La necesidad de reformular la labor jurisdiccional

El deber de informar de los proveedores y que luego deviene en la obligación de informarse de los usuarios no debe consistir en abrumar al consumidor con datos complejos que no entiende, ni distraerlo con informes que conoce de sobra. La información sustancial —como antes vimos— es la que deroga las expectativas elaboradas en base a un optimismo que desborda la realidad. Pero, debe asumirse que es realismo deprime la demanda y los precios del producto. En otro trabajo nos referíamos a estas cuestiones señalando que, Uno de los principales problemas que enfrentamos como consumidores es que la publicidad ocupa el lugar de la información y termina anulando el derecho a ser informados... Porque la finalidad del fabricante es vender el producto, y no informar a los clientes que el producto que vende tiene ciertas limitaciones. En cierta medida, la información limita las ventas; sobre todo de los productos innecesarios y que prometen cosas falsas... (63).

Es preciso entender que proteger al consumidor no es recitar principios progresistas vacíos de contenido, ni aferrarse a leyes procesales anquilosadas que prometen igualdad una procesal insostenible, ni escribir artículos de ocasión; es necesario arbitrar en

una puja donde el tráfico de riqueza y la rentabilidad empresarial mandan. De la misma manera que ya no se discute la necesidad de que el Estado intervenga en el mercado como regulador de la economía, nosotros sostenemos que también debe tener intervenir en el ámbito de la contratación privada. En definitiva, pensamos que la forma y los modos en que se realiza el tráfico contractual de riqueza es determinante para mejorar el funcionamiento y el bienestar en las sociedades de consumo modernas.

Afortunadamente, el Código Civil y Comercial, más allá de las críticas puntuales que nos merece y que nunca escatimamos, marcha en esa dirección sanamente intervencionista (de raíz constitucional) y contiene directrices que estimulan a los jueces a que asuman una posición más activa frente al abuso contractual y frente a la responsabilidad (64). Sobre este punto, Federico De Lorenzo a quien antes citamos reflexiona que, En lo que tiene que ver con el Código Civil y Comercial, si alguien me pregunta cuál es el paradigma imperante del Código, yo diría que no es sólo uno, sino que son muchos..., pero desde mi punto de vista este es el Código de la prevención. Ya en el art. 10 sobre abuso del derecho, siguiendo la trayectoria de los proyectos de reforma, se establece que el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva.

Para Mabel De los Santos, en criterio que compartimos de punta a punta señala: De este modo, también varía el rol del juez en este nuevo esquema... Esta nueva manera de concebir el Derecho genera una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución y los tratados internacionales... de modo que quien aplica la ley debe interpretar el conjunto normativo y explicar fundadamente cómo llega a la solución del caso en análisis. También en cuanto al rol del juez, se deja definitivamente de lado el modelo de juez árbitro, propio del sistema adversarial, y se lo sustituye por el denominado 'activismo judicial' (65).

Cabe aclarar, para aventar posibles confusiones bien y mal intencionadas que la noción de activismo judicial a la que adherimos no es ideológica sino que señala una mayor injerencia del magistrado en las cuestiones que debe resolver; activismo judicial implica mayor actividad jurisdiccional y menos rigorismo formal.

A nuestro modo de ver, los jueces deben resignificar su rol y prestar mayor atención a los principios sustantivos del derecho evitando la tendencia que tienen a caer en los rigorismos que, en muchos casos, son verdaderos anacronismos procesales. El nuevo magistrado debe entender que el Código Civil y Comercial es una fuente normativa procesal de la mayor trascendencia. Como bien señala la citada autora: En efecto, los tres primeros artículos del título preliminar del Código Civil y Comercial sientan las bases de la incidencia del nuevo Código en materia procesal. El art. 1° consagra el sistema de fuentes y establece pautas de interpretación normativa... El art. 2° alude también a la necesaria coherencia de todo el ordenamiento, adoptando una visión sistémica del Derecho y el art. 3° pone la mira en el deber del juez de resolver... mediante una decisión razonablemente fundada... no contradictoria y constringente en el análisis de las soluciones posibles dentro del ordenamiento jurídico (66).

El marco de este trabajo excede las chances de abarcar con la profundidad que requiere estos temas que involucran la tarea jurisdiccional; sin embargo, esa limitación no impide decir que la contratación concretada por adhesión requiere, además de las buenas leyes que ya tenemos, de una actividad judicial de jerarquía que por el momento no aparece.

III.8. Expectativas y publicidad

No es posible profundizar el tema de las expectativas sin analizar el fenómeno de las publicidades. Las expectativas se construyen mediante mensajes publicitarios implícitos asociados a imágenes que seducen al individuo. Acierta Lorenzetti cuando señala que, Es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el

comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico jurídico, y en un mercado de libre competencia la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios (67).

Laura Heymann (William Mary Law School, Virginia) se ocupó de analizar el fenómeno publicitario y sus efectos en la sociedad de consumo. Con un ejemplo contundente nos hace reflexionar sobre las expectativas que genera el consumo de alcohol entre los más jóvenes. No existe ninguna publicidad que muestre los deprimentes efectos de una borrachera. Los anuncios de bebidas alcohólicas muestran elegantes fiestas donde se elogian los excesos sin decir que ellos son siempre insuficientes para alcanzar la dicha que prometen. Por más que se ponga una leyenda que indique que el consumo de alcohol es perjudicial para la salud la imagen glamorosa de una modelo y su galán, o de un montón de jóvenes gozando en una velada que parece no tener fin es mucho más efectista que la información que se proporciona en una etiqueta. Nuevamente la información de lo real pierde frente a las esperanzas cuidadosamente construidas mediante costosas campañas publicitarias (68).

Alterini complementa mejor esta idea cuando sostiene que, La "vinculación directa" del oferente con el consumidor se realiza "mediante la propaganda" (Santos Briz) y... En los hechos, "la publicidad es el producto", porque la gente lo adquiere "tal como lo percibe mediante la publicidad"; un producto "es ante todo su imagen", vale decir, "lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella", a lo cual se agrega que muchas veces "los productos se revisten de una diferencia aparente", que sólo proviene de que hay una "propiedad de la marca", que "no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad..." (69).

Las expectativas nacen en una propaganda y se consolidan en un contrato que nunca será leído. Las publicidades comunican un relato de éxitos que la información cierta pero tardía pretende derogar con enunciados contrafácticos que advierten: esta la publicidad es

falsa: el tabaco produce cáncer y el alcohol todo tipo de enfermedades sociales. Por supuesto, no sorprende que la imagen de felicidad aparente sea más eficiente que la información contrafáctica y verdadera.

El relato publicitario prevalece sobre el enunciado de lo real. La ficción intoxica la realidad y la información es insuficiente para revertir la borrachera de apariencias; vivimos dentro de una e ficción que, sin embargo, se rige rigurosamente por las reglas de lo real. El alcohol emborracha, el tabaco trae cáncer, la velocidad mágica del auto deportivo es la misma que nos mata cuando nos incrustamos contra un árbol a 150 km por hora. La ficción muta en tragedia cuando lo real llega demasiado tarde. En eso consiste una buena parte del misterio de las sociedades de consumo: se muestran historias falsas que seducen y luego se informan sus calamitosos efectos en prospectos que nadie lee. La ingesta de promesas burbujeantes nos hace chocar contra el irreductible muro de las limitaciones.

Esa incidencia definitiva que la publicidad provoca en los consumidores justifica que el art. 8º de la LDC disponga que las publicidades formen parte de los contratos y que obliguen al estipulante (70).

III.9. El consumo de ofertas sin demandas

Estrechamente asociado al problema de la creación de expectativas mediante publicidades aparece otra cuestión complementaria: la sociedad no consume lo que sus miembros necesitan o desean sino lo que las corporaciones les ofrecen. En efecto, la sociedad de consumo actual se organiza en forma invertida a lo que indica el sentido común. No se procura satisfacer las necesidades de los usuarios mediante la producción de los bienes y servicios sino que el consumo es inducido y estimulado para optimizar la renta de las empresas. Se consume por la oferta de bienes y servicios y no por su demanda real. Se consume, en definitiva, la confianza en una marca antes que la necesidad de un producto. Por

eso, en otra obra decíamos: La credibilidad que resulta de ese juego de apariencias y confianzas es el tesoro más preciado que tienen las grandes marcas porque, gracias a ella, se benefician con dos efectos inmediatos. En primer lugar, se logra fidelizar al cliente. La segunda consecuencia es que el proveedor puede cobrar un precio mucho mayor que sus competidores por un producto de idénticas prestaciones (71).

Alterini, hace casi dos décadas advertía esta situación: Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedía a la oferta, y esta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado (72).

Para Lorenzetti el fenómeno del consumo no se concreta por el equilibrio entre la oferta y la demanda, sino por el desequilibrio entre lo que ofrecen los proveedores y lo que aceptan los consumidores: La demanda es creada por la publicidad, el marketing, los atractivos como el sorteo, la conexión entre bienes de distinta naturaleza, la creación de situaciones jurídicas de cautividad. El consumidor, en muchos casos, no compra porque necesita ni es la necesidad la que crea la oferta; es a la inversa, la oferta crea la necesidad (73).

El consumo por oferta de bienes que no son demandados ni son necesarios es el peor escenario que puede presentar una sociedad de consumo.

III.10. Las expectativas lo contratos de adhesión y la responsabilidad

En el derecho norteamericano subsisten las mismas dudas que acá acerca de la responsabilidad derivada de los contratos de adhesión. Todos saben que esos negocios jurídicos no surgen de un acuerdo

paritario. La dificultad radica en encontrar un criterio razonablemente justo que permita repartir responsabilidades entre una parte que impone las condiciones contractuales (que pueden ser o no ser abusivas) y otra que no las lee porque prefiere consumir en base a un optimismo exagerado y artificial.

Una parte de la doctrina de Estados Unidos directamente postula que en los contratos de adhesión no hay un consentimiento real del adherente sino que directamente se firma un documento legal en blanco que, sin embargo, solamente podrá ser exigido en aquellas cláusulas que no sean irrazonables (abusivas, sorpresivas).

El control de razonabilidad según esta teoría que sostiene, entre otros, el Profesor sostiene Karl Llewellyn (74) lo hacen los jueces al evaluar el caso concreto que llega a tribunales (75). Esta solución es compatible con nuestro art. 988 del Cód. Civ. y Com. que dispone que se deben tener por no escritas aquellas estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones del estipulante, restrinjan los derechos del adherente, o que no sean previsibles y cuyo apartado tercero (c), dice: ...las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

La complicación está en determinar cuándo una estipulación debe ser considerada sorpresiva o irrazonable. Para el derecho norteamericano una estipulación reúne esas condiciones cuando el estipulante sabía o debía saber que ella podía resultar sorpresiva para los usuarios (76). Pero esto abre nuevos problemas acerca de cómo encontrar un procedimiento confiable para evaluar las expectativas razonables de un consumidor que, a su vez, debe ser definido como razonable.

El profesor Douglas Kysar (Yale Law School) (77) señala dos obstáculos realmente difíciles de superar cuando se habla de expectativas razonables. Lo interesante es que las aporías que presenta el autor van en direcciones opuestas. Una de las objeciones sugiere que la atribución de responsabilidad por defraudación de las

expectativas razonables resulta inviable en un sistema de economía capitalista. La segunda objeción, indica que ese sistema de responsabilidad sería más perjudicial para los usuarios y consumidores adherentes a los contratos de adhesión. Veamos este punto más detenidamente.

El primer enunciado de responsabilidad podría ser formulado así: Los productos que se ofrecen en el mercado, usados en condiciones normales, no deben provocar daños. En caso de verificarse daños derivados de su uso razonable, tales daños deberán ser reparados por el proveedor. Esta postulación supone un sistema de reaseguramiento del daño compatible la responsabilidad absoluta que, en principio no es aceptado ni en Estados Unidos ni en Argentina. Ello, a pesar de las interesantes proyecciones que pueden hacerse en nuestro ordenamiento a partir de la incorporación de los arts. 1733 y 1757 del Cód. Civ. y Com. que parecen admitir una forma de responsabilidad ultraobjetiva o absoluta. En otro trabajo hemos analizado estos aspectos de la responsabilidad (78).

Una segunda formulación de la responsabilidad basada en expectativas remarca el dilema opuesto al advertir que podría llegar a ser un sistema más desventajoso para el usuario. En general, los consumidores tienen, frente a un producto determinado, las mismas expectativas a lo largo de tiempo. No llegan a percibir que debido a los avances tecnológicos los productos nuevos mejoran sus prestaciones. Las expectativas razonables del consumidor suelen correr detrás de las innovaciones del producto. Por lo tanto, limitar la responsabilidad del proveedor a las expectativas desactualizadas del consumidor sería contrario a sus intereses (79).

III.11. The Restatements of Law

En el derecho estadounidense existen tratados o, mejor dicho, compilados que básicamente contienen los antecedentes jurisprudenciales sobre determinada materia (derecho laboral, derecho de la comercial, contratos, etc.). Los Restatements no son leyes

formales ni establecen criterios vinculantes para el magistrado. Sin embargo, actúan como principios generales que influyen porque contienen reglas de la jurisprudencia consolidada.

En materia de contratos rige el Restatement (Second) of Contracts del año 1981. La Sección 211 de este repertorio enuncia las reglas jurisprudenciales de los contratos de adhesión (80). Se postulan los siguientes principios:

a) Cuando el adherente suscribe el contrato presta consentimiento a todo el documento. El adherente de un contrato de adhesión supone, razonablemente, que dicho contrato contiene las mismas estipulaciones que se usan para llevar adelante otros acuerdos similares.

b) El adherente presta consentimiento integral del contrato, incluyendo aquellas estipulaciones que de hecho no ha leído o no ha entendido cabalmente.

c) Sin perjuicio de lo dicho, si el estipulante tuviera razones para suponer que el adherente no hubiera prestado su consentimiento de haber conocido la existencia de una cláusula determinada, dicha cláusula será nula y se tendrá por no escrita.

En crítica al sistema propuesto por la Sección 211 del Restatement Contracts, el Profesor Erick Zaks [Wayne State University Law School (81)] se queja porque el test allí exigido aparece claramente perjudicial para el consumidor. El contrato de adhesión se presume aceptado por el adherente, incluso en aquellas cláusulas que no ha leído o que presumiblemente no haya entendido.

La única forma de lograr la nulidad de una cláusula señalada como abusiva es demostrar que si el adherente hubiera conocido el sentido real de esa estipulación no hubiera adherido al contrato. Se trata, sin dudas, de una condición muy exigente para los adherentes y,

ciertamente, muy conveniente para el estipulante que gozara de una suerte de presunción legal (82).

En este caso, pensamos que el sistema legal propuesto en los art. 984 a 989 de nuestro Cód. Civ. y Com. es mejor por ser más protectorio de los derechos del adherente.

III.12. Soluciones posibles para el Derecho argentino

Si bien no es posible encontrar una fórmula exacta para calcular las "expectativas razonables" de un consumidor, pensamos que sí es posible que el Estado realice encuestas representativas que indiquen qué expectativa tienen, por ejemplo, los usuarios de telefonía móvil o de otros servicios de consumo masivo.

No sería difícil instrumentar que las autoridades de aplicación de cada área (Superintendencia Nacional de Seguros, Superintendencia de Servicios de Salud, Ente Nacional de Comunicaciones, etc.) realicen esas encuestas y luego vuelquen sus resultados en los contratos de adhesión que propongan los proveedores dependientes de esas agencias. Eso permitiría contar con datos estadísticos confiables acerca de las tendencias de consumo y a partir de ellas sería más fácil determinar con mayor precisión los derechos y las obligaciones de las partes de un contrato predispuerto.

Es necesario mejorar la contratación sujeta a cláusulas predispuertas asumiendo, en primer lugar, que los contratos de adhesión tienen un protagonismo casi exclusivo y casi excluyente en las relaciones de consumo. Para lograr algunas mejores proponemos que se sigan las siguientes pautas:

a) Determinar un criterio estadístico que defina cuáles son las expectativas que los usuarios tienen frente a determinados productos de consumo masivo. Por ejemplo, la telefonía móvil, la prestación del servicio de internet, etcétera.

b) Los contratos de adhesión deben seguir esos criterios evitando el dictado de cláusulas que contravengan las expectativas que surgen de las estadísticas;

c) Cualquier apartamiento de las expectativas estadísticas debe ser debidamente informado dentro del contrato y resaltado en un prospecto separado del contrato o en la caja que contiene el producto;

d) Toda estipulación que sea contraria a las expectativas de los consumidores debe ser, además, razonable. Únicamente serán válidas las cláusulas que se aparten de las tendencias estadísticas por motivos razonables.

e) La información debe estar focalizada en advertir sobre la existencia de las limitaciones que contiene el producto o el servicio. La información debe tener por objetivo atenuar las expectativas optimistas irracionales que los consumidores tienden a desarrollar.

f) Cada autoridad de aplicación debería repetir anualmente estos estudios estadísticos. En nuestra opinión esta actividad resulta del Estado resulta compatible con el art. 38 de la LDC y una futura reforma legislativa debería incluir la obligación de realizar encuestas sobre expectativas (83).

IV. Cuarta parte. Epílogo

La extensión del trabajo hace necesario que agrupemos en este sumario final las ideas centrales que contiene.

1) Los contratos de adhesión deben ser analizados más allá de las definiciones doctrinarias. Su importancia dentro de la economía de mercado trasciende las discusiones conceptuales jurídicas: la contratación predispuesta es un fenómeno de la economía antes que una derivación de la teoría general del contrato.

2) Un contrato de adhesión es un negocio jurídico mediante el cual el estipulante procura transferir al adherente la mayor cantidad de riesgos y disminuir al máximo su responsabilidad.

3) Las cláusulas abusivas, cuya definición no presenta ni interés ni dificultad académica, tienen una relación directa con la rentabilidad del negocio concreto. El problema de los contratos de adhesión no está en las estipulaciones abusivas que contiene sino en la matriz abusiva del negocio jurídico envasado en el contrato.

4) Los jueces deben ventilar la abusividad estructural del negocio jurídico. Los magistrados deben tener una actitud menos pasiva frente a los negocios jurídicos. Los arts. 989 y 1122 del Cód. Civ. y Com. permiten una actitud jurisdiccional más activa para enfrentar los negocios jurídicos abusivos.

5) Los acuerdos de adhesión marcan un punto de ruptura con el contrato clásico. La circunstancia de no estar regidos por la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, la negociación paritaria y la no intervención judicial determina que sean tipos contractuales autónomos.

6) Los contratos de adhesión tienen, al menos, dos problemas ostensibles. Uno es que sus contenidos no se entienden y el otro es que no se leen. Ello permite una conclusión: es imposible que sea comprensible un contrato que no se lee.

7) No se puede desobligar completamente al adherente de sus deberes; la buena fe contractual lo obliga a informarse de las cuestiones esenciales del producto que adquiere. Sin embargo, el estipulante debe poner a su alcance información eficiente que exponga, sin disimulos, las limitaciones del producto o servicio de que se trate.

8) El art. 987 del Cód. Civ. y Com. establece la regla contra proferentem o contra stipulatorem. Cuando una cláusula resulta

ambigua debe ser interpretada en el sentido menos favorable al estipulante.

9) Los contratos de adhesión están sujetos a diversas intervenciones legales. Primero, se dispone que todas las ambigüedades del contrato perjudiquen al adherente. Segundo, se establece la nulidad de las estipulaciones que impliquen renunciaciones del adherente, o que incrementen los derechos del estipulante, o que resulten (negativamente) sorpresivas para los adherentes. Tercero, los jueces pueden integrar los contratos de adhesión sustituyendo sus cláusulas abusivas por otras que no lo sean.

10) Existe la certeza de que los contratos de adhesión no se leen. Esto significa, sin eufemismos, que nadie en ningún lugar del mundo los lee. Según muestras confiables sólo una o dos de cada mil personas lee los contratos.

11) Es imposible lograr que los adherentes lean los contratos porque, sencillamente, eso no va a ocurrir. El objetivo de la información se debe concentrar en que los usuarios conozcan las limitaciones del producto. No se trata de leer contratos largos e incomprensibles, sino de conocer las limitaciones de los productos y servicios que se adquieren

12) En la medida que el adherente tenga expectativas congruentes con las prestaciones reales del producto es razonable que el contrato sea exigible sin temor a que sus estipulaciones sean declaradas abusivas.

13) Para conocer las tendencias de consumo y de los consumidores es preciso realizar encuestas periódicas que informen cuáles son las expectativas razonables que los adherentes tienen frente a un determinado producto o servicio.

14) Los empresarios, sobre todos los que ejercen liderazgo en el mercado, saben que las marcas de moda generan expectativas

exageradas entre su clientela. La mala fe consiste en estimular esas expectativas tan optimistas como irreales.

15) Las expectativas de los usuarios y consumidores están estrechamente relacionadas con las campañas publicitarias. El optimismo irracional se construye con mensajes e imágenes que seducen al individuo.

16) Las expectativas exageradas nacen en una propaganda engañosa o directamente falsa, y se consolidan mediante un contrato que nunca será leído.

17) La ficción publicitaria intoxica la realidad y la información veraz es insuficiente para modificar esa fantasía. El alcohol emborracha, el tabaco trae cáncer y la velocidad excesiva del auto es mortal cuando se estrella contra el muro de realidad. La ficción muta en tragedia cuando lo real llega demasiado tarde.

18) Las insuficiencias de los productos que contraríen las expectativas razonables de los clientes deben ser resaltadas con letras y colores notables y expuestos en la caja de los productos y/o en prospectos separados del contrato de adhesión.

19) La buena fe contractual y el abuso de derecho resultan indispensables para regular una relación jurídica en la que los estipulantes hacen contratos deliberadamente confusos y los adherentes actúan con exagerada indiferencia frente a las obligaciones que asumen.

20) El luminoso optimismo de los adherentes estimula la redacción de contratos oscuros que esconden las carencias del producto.

21) El optimismo aumenta la demanda y el precio del producto en tanto una actitud más realista deprime ambas variables.

El abuso consiste, entonces, en estimular las expectativas de los sujetos y esconder las limitaciones de los productos.

22) La sociedad de consumo se organiza en forma invertida a lo que indica el sentido común: se consume por la oferta de bienes y servicios y no por la demanda real de los consumidores.

23) La contratación predispuesta requiere, además de las buenas leyes que ya tenemos, de una actividad judicial que por el momento brilla por su ausencia.

Referencias Bibliograficas:

(1) ALTERINI, Atilio, "Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno", Ed. La Ley, Buenos Aires, 01/01/2009, LL AR/DOC/11425/2001.

(2) The development of large scale enterprise with its mass production and mass distribution made a new type of contract inevitable-the standardized mass contract. 7 A standardized contract, once its contents have been formulated by a business firm, is used in every bargain dealing with the same product or service. The individuality of the parties which so frequently gave color to the old type contract has disappeared. The stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market [KESSLER, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/ 2731, p. 631, Captura: 01/05/2018].

(3) It has reached its greatest perfection in the different types of Contracts used on the various exchanges. Once the usefulness of these contracts was discovered and perfected in the transportation, insurance, and banking business, their use spread into all other fields of large scale enterprise, into international as well as national trade, and into labor relations. It is to be noted that uniformity of terms of contracts typically recurring in a business enterprise is an important

factor in the exact calculation of risks. Risks which are difficult to calculate can be excluded altogether. Unforeseeable contingencies affecting performance, such as strikes, fire, and transportation difficulties can be taken care of [KESSLER, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 631, Captura: 01/05/2018].

(4) LORENZETTI, Luis, "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 277.

(5) "The standard clauses in insurance policies are the most striking illustrations of successful attempts on the part of business enterprises to select and control risks assumed under a contract. The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called "juridical risk", the danger that a court or jury may be swayed by "irrational factors" to decide against a powerful defendant. Ingenious clauses have been the result". KESSLER, Friedrich, ob. cit.

(6) The weaker party, in need of the goods or services, is frequently not in a position to shop around for better terms, either because the author of the standard contract has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. His contractual intention is but a subjection more or less voluntary to Terms dictated by the stronger party, terms whose consequences are often understood only in a vague way, if at all [KESSLER, Friedrich, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract" (1943). Faculty Scholarship Series. Paper 2731. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731, p. 632, Captura: 01/05/2018].

(7) "Today, Contracts is a course addressing the regulation of private transactions in which our courts, as self-conscious social engineers, are evaluated in terms of their ability to define rules that optimally assign risks and informational burdens in order to broadly enhance societal welfare". PRIEST, George L., "Contracts Then and Now: An Appreciation of Friedrich Kessler", 1995, Faculty Scholarship Series. Paper 627.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/ 627, p. 2145, Captura: 27/12/2016).

(8) "George L. Priest is the Edward J. Phelps Professor of Law and Economics and Kauffman Distinguished Research Scholar in Law, Economics, and Entrepreneurship at Yale Law School. An internationally recognized expert, Professor Priest has focused his research over the past two decades on antitrust, the operation of private and public insurance, and the role of the legal system in promoting economic growth" (ver biografía completa en: <https://law.yale.edu/george-l-priest>, Captura: 12/05/2018).

(9) El mismo autor en otro artículo explica que pasó el tiempo de debatir las ideas de Kessler acerca de si los contratos de adhesión debían ser intervenidos porque esas ideas se impusieron sin retorno: el concepto de libertad contractual, en nuestros días, sostiene Priest está prácticamente acabado: "Our modern Contracts course is different from Kessler's, thus, because Kessler's approach has prevailed. The principle of liberty of contract as an element of substantive due process jurisprudence is largely dead. Our courts have become self-conscious social engineers. The reality of differential market power, informational advantages, and relative risk-bearing abilities have become foundational elements of modern contractual interpretation". PRIEST, George L., *ob. cit.*, p. 2151.

(10) This Essay addresses the transformation of civil law that began in this country, roughly around the mid-1960s, from a legal system that intervened in the lives of citizens only on occasions of serious moral dereliction, to the most extensive and powerful regulatory mechanism of modern society! Prior to the 1960s, civil law served a modest role in U.S. affairs. It enforced property rights and policed boundary disputes through property law, enforced promises as well as disclaimers of liability through contract law, and provided damages for personal injury through negligence law (tort law) when an individual was injured by an egregious breach of standards of normal behavior. Though the negligence standard proved loose enough to allow substantial subsequent expansion, courts prior to the 1960s employed this standard only where a party showed clear moral culpability that was substantially antagonistic to social norms.

Standards determined by private contract were far more significant to the determination of the obligations of citizens (PRIEST, George L., "The Modern Transformation of Civil Law", 2006, Faculty Scholarship Series. Paper 642. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/642, p. 957, Captura, 25/09/2016).

(11) "Since the 1960s, however, our civil law has changed dramatically. Contract law, property law, and especially personal injury law have transformed both in function and effect. The transformation occurred through neither a sudden change in legal doctrine, nor legislative statute or popular referendum. Instead, the transformation occurred through the triumph of a set of ideas: the acceptance by the judiciary of the proposition that civil damages judgments can serve as the most effective public policy instrument for regulating the level of harm suffered by citizens in the society". Ibidem, p. 958.

(12) El lector interesado puede acceder a otro artículo nuestro donde analizamos la cuestión de la responsabilidad absoluta. Ver: SHINA, Fernando, "Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho", Buenos Aires, SAIJ, 18/05/2018, citar: SAIJ: DACF 180093.

(13) ZANNONI, E. - MARIANI DE VIDAL, M. - ZUNINO, J. - SHINA, F. - RAMOS, G., "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 11.

(14) "Once their practical utility was proven, they were made use of in other lines of business. It is highly probable that the desire to avoid juridical risks has been a motivating factor in the widespread use of warranty clauses in the machine industry limiting the common law remedies of the buyer to breach of an implied warranty of quality and particularly excluding his right to claim damages.' 0 The same is true for arbitration clauses in international trade. Standardized Contracts have thus become an important means of excluding or controlling the "irrational factor" in litigation. In this respect they are a true reflection of the spirit of our time with its hostility to irrational factors in the judicial process, and they belong in the same category as codifications and restatements". KESSLER, Friedrich, "Contracts...", p. 631.

(15) Es necesario establecer algunas precisiones acerca del fenómeno que se regula. El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. En este caso hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo. El campo de aplicación, además de la contratación de consumo, es aquel que presenta situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado (ZANNONI, E. - MARIANI DE VIDAL, M. - ZUNINO, J. - SHINA, F. - RAMOS, G., ob. cit., p. 291.

(16) Ibidem, p. 292.

(17) STIGLITZ, Rubén S., "El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista Derecho Privado, año 2, nro. 4, Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080.

(18) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, Nro. de Recurso: 1410/2004, Nro. de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Tipo de Resolución: Sentencia.

(19) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, Nro. de Recurso: 1410/2004, Nro. de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Tipo de Resolución: Sentencia.

(20) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, Nro. de Recurso: 1410/2004, Nro. de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Tipo de Resolución: Sentencia.

(21) STIGLITZ, Rubén S., "El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista Derecho Privado, año 2, nro. 4, Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080.

- (22) Citar: STS 1851/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:1851, Id Cendoj: 28079110012009100244, Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Madrid, Sección: 1, 02/04/2009, Nro. de Recurso: 1410/2004, Nro. de Resolución: 248/2009, Procedimiento: Casación, Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, Tipo de Resolución: Sentencia.
- (23) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit.
- (24) Ley 26.687, "Regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco", sancionada: 01/06/2011, promulgada: 13/06/2011.
- (25) Encuesta Mundial de Tabaquismo en adultos, 2012, Argentina, http://www.msal.gob.ar/ent/images/stories/vigilancia/pdf/2013-09_encuesta-tabaquismo-adultos-25-junio.pdf, Captura: 20/06/2018.
- (26) Encuesta Mundial de Tabaquismo en adultos, 2012, Argentina, http://www.msal.gob.ar/ent/images/stories/vigilancia/pdf/2013-09_encuesta-tabaquismo-adultos-25-junio.pdf, Captura: 20/06/2018.
- (27) The data show that consumers are aware of some contract terms but not others. For example, new car buyers know that the warranty does not last forever; that they cannot get a new car if the sound system is out of tune; and that they must take the car to an authorized dealer for service. On the other hand, it is less clear that consumers would expect their mortgage to have a prepayment penalty term or a forum selection clause requiring them to sue in a distant jurisdiction. Therefore, disclosure regulation would use consumers' limited cognitive capacities more efficiently if it directed consumers' attention to terms such as these that have two key features: they are unknown to many consumers; and they disadvantage the consumers [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 551, Captura: 28/12/2017].
- (28) CHAMATROPULOS, Alejandro, "Estatuto del Consumidor comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 4.
- (29) SHINA, Fernando E., "Sistema legal para la defensa del consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 157.

- (30) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit.
- (31) REZZÓNICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predisuestas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 481.
- (32) Ibidem.
- (33) Ibidem.
- (34) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit.
- (35) Ibidem.
- (36) CHAMATROPULOS, Alejandro, "Estatuto del Consumidor comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 5.
- (37) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit.
- (38) ALTERINI, Atilio, ob. cit.
- (39) BOGGIANO, Antonio, "Contratos por adhesión a condiciones generales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 09/08/2017.
- (40) The standard clauses in insurance policies are the most striking illustrations of successful attempts on the part of business enterprises to select and control risks assumed under a contract. The insurance business probably deserves credit also for having first realized the full importance of the so-called "juridical risk", the danger that a court or jury may be swayed by "irrational factors" to decide against a powerful defendant. Ingenious clauses have been the result. Once their practical utility was proven, they were made use of in other lines of business. It is highly probable that the desire to avoid juridical risks has been a motivating factor in the widespread use of warranty clauses in the machine industry limiting the common law remedies of the buyer to breach of an implied warranty of quality and particularly excluding his right to claim damages [KESSLER, Friedrich, "Contracts...", cit.
- (41) MUGUILLO, Roberto, "Contratos civiles y comerciales...", p. 69.
- (42) Ver AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/ 4872, Captura: 28/12/2017.
- (43) In one study tracking the Internet browsing behavior of 45,091 households on sixty-six online software sites, Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, and David Trossen found that "only one

or two out of every thousand retail software shoppers chooses to access the license agreement, and those few that do spend too little time, on average, to have read more than a small portion of the license text (AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, Captura: 28/12/2017).

(44) El Restatement (Second) of Contracts, Section 211, 1981, admite esta solución cuando, al regular sobre contratos predisuestos dice: "Cuando el adherente a un contrato predisuesto firmó o de cualquier modo prestó consentimiento al acuerdo, entiende, de buena fe, que ese contrato es similar a otros ya utilizados e manera frecuente y regular. Es por ello que el adherente queda sujeto a todos los términos incluso queda obligado al cumplimiento de aquellas cláusulas que no leyó no comprendió al prestar su consentimiento. aquellos puntos que no hubiera leído o no hubiera comprendido cabalmente las estipulaciones predisuestas por el estipulante..." (...Standardized Agreements: 1) Except as stated in Subsection 3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. 2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. 3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

(45) We capture these features in the phrase "term optimism", which exists when consumers expect a contract to contain more favorable terms than it actually provides [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 551].

(46) DE LORENZO, Miguel F., "El código de la prevención", Ed. La Ley, Buenos Aires, 08/06/2016, citar online: AP/DOC/386/2016.

(47) SOBRINO, Waldo, "Seguros y el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. 1, p. 513.

(48) Lewis v. Great W. Ry. (1860) 157 Eng. Rep. 1427 (L.R. Exch.) 1430 (Bramwell, B.); 5 H. & N. 867, 874.

(49) It would be absurd to say that this document, which is partly in writing and partly in print, and which was filled up, signed, and made sensible by the plaintiff, was not binding upon him. A person who signs a paper like this must know that he signs it for some purpose, and when he gives it to the Company must understand that it is to regulate the rights which it explains. I do not say that there may not be cases where a person may sign a paper, and yet be at liberty to say, "I did not mean to be bound by this," as if the party signing were blind, and he was not informed of its contents. But where the party does not pretend that he was deceived, he should never be allowed to set up such a defence [Ayres, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 549].

(50) "McKenna v. Metropolitan Life Insurance Co.", 126 F. App'x 571, 574 (3d Cir. 2005).

(51) Contract law addresses the no-reading problem with the duty to read doctrine. Under this doctrine, parties are taken to agree to terms that they had the opportunity to read before signing. 10 The doctrine "creates a conclusive presumption, except as against fraud, that the signer read, understood, and assented to [the] terms". The presumption has long been justified as a necessary attribute of contracting regimes grounded in both efficiency and equity [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 548].

(52) En sentido coincidente Ian Ayres sostiene que: Part II presents a simple model of consumer contracting based on expected but unread seller terms. We explore equilibria in which sellers protected by the duty to read doctrine underprovide information

about the terms of an agreement. In the model, uninformed consumers with pessimistic expectations about the terms they face may reject utility-maximizing contracts while uninformed consumers with optimistic expectations may accept utility-minimizing contracts. Firms have an incentive to cure pessimism because it costs them sales, but they lack an incentive to cure optimism because it induces excess demand". Ibidem, p. 554.

(53) LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., , p. 207.

(54) En líneas generales ese es el pensamiento del autor Ian Ayres que hemos seguido en este ensayo. Instead of promoting informed consumer assent through quixotic attempts to have consumers read ever-expanding disclosures, this Article argues that Consumer protection law should focus on "term optimism"-situations in which consumers expect more favorable terms than they actually receive. We propose a system under which mass-market sellers are required periodically to engage in a process of "term substantiation" through which sellers would learn whether their consumers held accurate beliefs about the terms of their agreement. Terms that meet or exceed the median consumer's expectation would be enforceable even if buried or only available on request [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 545].

(55) Recent evidence contests this assumption. Consumers also learn about the deals they make from visiting firms, their experience with similar deals, discussions with friends, their observation of other consumers' purchasing choices, and reading consumer reports [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 550].

(56) Los datos estadísticos que se ofrecen fueron tomados de: <http://www.cace.org.ar/>.

(57) SOBRINO, Waldo, "Seguros y el Código Civil y Comercial...", p. 509.

(58) The read-all-the-terms project is both normatively unattractive and descriptively unattainable. The metagol of contract

formation policy is to make party assent real. The law of contractual assent, we argue, best implements this goal by permitting firms to enforce even poorly disclosed or hidden terms if consumers expect and understand what those terms do while regulating only those terms that consumers incorrectly believe are more favorable to them than they actually are. Our scheme thus flips the traditional notion of the duty to read on its head [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 552].

(59) Ayres describe esta característica como el optimismo que hace se le asigne a una cosa calidades que en realidad no tiene. We capture these features in the phrase "term optimism", which exists when consumers expect a contract to contain more favorable terms than it actually provides.²¹ A consumer thus would be term optimistic if she be lied that her homeowner's insurance policy covered damage from flooding when the policy actually excluded flood damage. Regulation should attempt to make this exclusion salient but ignore terms of which consumers are aware [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, <http://digitalcommons.law.yale.edu/>, p. 551].

(60) LORENZETTI, Ricardo, ob. cit., p. 71.

(61) Ibidem, p. 157.

(62) SHINA, Fernando E., "Tutela judicial del consumidor", 20XII Grupo Editorial, Buenos Aires, 2017, p. 19.

(63) SHINA, Fernando, E., "Sistema legal...", cit., p. 36.

(64) La Constitución Nacional ha sido una fuente normativa muy poco utilizada por el Derecho Privado, durante un largo período histórico. Los autores civilistas y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código Civil. Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, en las últimas dos décadas, en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional. Esta costumbre no ha sido generalizada, ya que en el sistema anglosajón, los autores y los jueces invocaron reglas constitucionales para decidir cuestiones de responsabilidad civil con mucha frecuencia

(LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamento constitucional de la reparación de los daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 01/01/2007, citar online: AR/DOC/9055/2001).

(65) DE LOS SANTOS, Mabel A., "Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, diario del 15/11/2017.

(66) DE LOS SANTOS, Mabel A., "Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, diario del 15/11/2017.

(67) LORENZETTI, Ricardo, "Consumidores...", p. 180.

(68) Few television commercials for alcohol end with the protagonist slumped unconscious on the couch, falling off a bar stool, or driving a car into a telephone pole. To the contrary, as many of us have experienced, advertising writes a very different narrative: that purchase and consumption of the advertised beverage will make one more attractive, expand one's social circle, and yield unbridled happiness. It is a story that, the advertiser hopes, will inspire consumers to choose its beverage during the next trip to the store; in this vein, the true protagonist of the commercial is the brand. Marketing scholars and, to a lesser extent, trademark scholars have increasingly viewed advertising and branding through the lens of literary theory, recognizing that consumers interpret communications about a product using many of the same tools that they use to interpret other kinds of texts. But this lens has not been similarly focused on an important counternarrative: the warning or disclaimer (such as "Caution: This product may contain nuts" on a candy bar or "Not authorized by Starbucks" on a poster that uses the chain's logo to humorous effect). While all forms of branding, advertising, and marketing are ways of communicating information about a product to consumers, warnings and disclaimers are a special kind of communication: unadorned, declarative statements purportedly meant to cause a consumer to act in a particular way or reach a specific cognitive result. They are counternarratives both in the voice they adopt-less emotional, more stentorian-and in the message they communicate. But narratives they remain [HEYMANN, Laura A. (2010), "Reading the Product: Warnings, Disclaimers, and Literary

Theory", Yale Journal of Law & the Humanities: Vol. 22: Iss. 2, Article 7. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol22/iss2/7>, p. 394, Captura: 02/06/2018].

(69) ALTERINI, Atilio A., "El consumidor en la sociedad posmoderna", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1196-E, 818, RCyS 2017-X, 283, cita online: AR/DOC/10407/2001.

(70) Art. 8º, LDC. Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. En congruencia con esta norma de la ley especial, el art. 1103 del Cód. Civ. y Com. dispone: Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

(71) SHINA, Fernando, E., "Sistema legal...", p. 49.

(72) ALTERINI, Atilio A., ob. cit.

(73) LORENZETTI, Luis, "Consumidores...", p. 155.

(74) Karl Llewellyn, 1893 - 1962, Yale Law School, Columbia Law School, Chicago Law School.

(75) Karl Llewellyn's early analysis of the form contract problem is emblematic of the former (substantive third-party review) approach: Instead of thinking about "assent" to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms. The fine print which has not been read has no business to cut under the reasonable meaning of those dickered terms which constitute the dominant and only real expression of agreement,

but much of it commonly belongs in. In Llewellyn's view, the "true answer to the whole problem" of form Contracts is to delegate to courts the tasks of assessing as a substantive matter whether particular terms are 'unreasonable or indecent' and whether any such terms undercut the reasonable meaning of the dickered Terms". AYRES, Ian, "The no-reading...", cit., p. 556].

(76) ...a court should refuse enforcement of the term if the firm knew or should have known that the reasonable consumer would not expect it... [AYRES, Ian, "The no-reading problem in consumer contract law" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, p. 556].

(77) Professor Douglas Kysar is Joseph M. Field '55 Professor of Law at Yale Law School. His teaching and research areas include torts, environmental law, climate change, products liability, and risk regulation. He received his B.A. summa cum laude from Indiana University in 1995 and his J.D. magna cum laude from Harvard Law School in 1998. He has published articles on a wide array of environmental law and tort law topics, and is co-author of two leading casebooks, *The Torts Process* (9th ed. 2017) and *Products Liability: Problems and Process* (8th ed. 2016).

(78) Esta es la convergencia que nos interesa resaltar: ya no es discutible que el sistema de culpa subjetiva ha sido desplazado por un sistema de responsabilidad que se basa en factores objetivos de atribución y en eximentes de responsabilidad cada vez más acotadas. Es evidente, pensamos, que nos estamos acercando a un sistema que tiende a lograr la reparación de todos los daños injustamente padecidos (SHINA, Fernando, "Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho", Buenos Aires, SAIJ, 18/05/2018, citar: SAIJ: DACF 180093).

(79) As Professors Montgomery and Owen observe, in such cases "the consumer may have at most only a generalized expectancy-perhaps more accurately only an unconscious hope-that the product will not harm him if he treats it with a reasonable amount of care. ' 62 To the extent that consumer attitudes do take this simplistic form ("I expect not to be harmed by a product"), then the consumer expectations test threatens to become in practice the very standard of

absolute manufacturer liability that no American jurisdiction has appeared ready to accept. An altogether different objection to the consumer expectations test is that the doctrine too easily can work against plaintiffs under circumstances in which defendant liability might further the instrumental goals of products liability law. For instance, because consumer expectations generally derive from impressions of the existing state of the product marketplace, safety demands of consumers may lag behind technological improvements in product design whose absence under risk-utility balancing would subject a manufacturer to liability [KYSAR, Douglas A., "The Expectations of Consumers" (2003). Faculty Scholarship Series. Paper 384, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/ 384, p. 1716, Captura: 31/05/2018].

(80) § 211. Standardized Agreements: 1) Except as stated in Subsection 3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing. 2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing. 3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

(81) Eric Zacks is an associate professor of law at Wayne State University Law School. His scholarship focuses on modern consumer contracting practices and the relevance of behavioral and cognitive sciences to the legal and social construction of contract formation, breach and enforcement. His work has been published in many law reviews and journals, including the University of Pennsylvania Journal of Business Law, Florida State University Law Review, Journal of Corporation Law, University of Cincinnati (Law Review, Marquette Law Review, Penn State Law Review and William & Mary Business Law Review. <https://law.wayne.edu/profile/en7490>, Captura: 03/06/2018).

(82) Section 211[3] provides relief from particular contractual Terms on a one-off basis, without invalidating the contract as a whole.¹⁰³ Despite concerns about the amount of judicial discretion and activism promoted by section 211[3], however, the standard for refusing to enforce terms is extremely high.¹⁰⁴ Section 211 only refuses enforcement of particular terms if the consumer would have refused to sign the contract if such terms were known. Obviously, this is a very high standard, as any and all unfavorable terms included in a standardized consumer contract will be enforceable unless a consumer would have walked away from the transaction if such terms were known ahead of time. This leaves a safety valve for adjudicators only in the most egregious of instances, such as when terms are particularly "bizarre". ZACKS, Eric, A., "The Restatement (Second) of Contracts § 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts", 7 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 733 (2016), <http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol7/iss3/4>, ps. 760-761.

(83) Art. 38 LDC. Contrato de adhesión. Contratos en formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido. Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir. Asimismo deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: "Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.

Los seguros y las relaciones de consumo

La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC260F

[Consultado el: 07/02/2021]

A. La universalidad de la ley 24.240.

i) Introducción. La simple lectura del art. 1 de la LDC alcanza para comprender que la ley de defensa del consumidor es un estatuto con la pretensión universalista de incluir y beneficiar a la mayor cantidad de personas posibles.

En nuestra opinión, no se trata de una ley diseñada para proteger a los usuarios y consumidores, sino que debemos entender que ese sentido proteccionista sobrepasa el interés particular de los consumidores como clase y adquiere un sentido social. La ley 24.240 es, en definitiva, una ley de protección de la sociedad de consumo.

Una sociedad de consumo es un inmenso conglomerado humano que describe una organización, de tipo capitalista, cuya característica central es el consumo masivo de los bienes y servicios (demanda) que masivamente se producen (oferta) para ser comercializados libremente; es decir: con la menor intervención oficial (mercado).

A pesar de que el empresariado nacional, siempre corto de iniciativas y muy poco competitivo, siempre vio a la LDC como una

nefasta manifestación del Estado reglamentario que, al proteger a los consumidores de los bienes y servicios (ByS), inevitablemente iba a perjudicar al sector de la producción.

Esa mirada corta, que aún conservan algunos doctrinarios, impide comprender que la Ley de Defensa del Consumidor tiene una finalidad que excede el proteccionismo individual y no se agota en evitar individualismos inevitables. Se trata, por el contrario, de una ley fundamental que regula las complicadas relaciones de la oferta y la demanda de bienes y servicios (ByS) y su distribución en el mercado en los términos más libres y más equitativos que sea posible. Las leyes que regulan las relaciones de consumo son indispensables en todos los ordenamientos jurídicos porque los Estados organizados necesitan que exista un equilibrio sustentable entre quienes producen y quienes consumen los bienes y servicios que circulan en el mercado. Se calcula que, a nivel mundial, cerca de 2 mil millones de personas (aprox. el 30% de la población mundial) gastan en sus consumos aproximadamente U\$ 20 mientras que alrededor de 4 mil millones de personas pasan su jornada con apenas 2 dólares (aprox. el 55% de la población mundial). (1)

Esto quiere decir, sin que sea razonable oponer mayores debates, que el problema no es de consumo sino de falta de consumo o de falta de acceso al consumo, situación que aún padecen miles de millones de personas en la aldea global. Entre nosotros, Lorenzetti, tiempo atrás, reflexionaba acertadamente: Hemos señalado que la cuestión del paradigma del acceso es trascendente en la reformulación del Derecho Privado. El funcionamiento del mercado actual presenta una falla estructural, puesto que es incapaz para satisfacer a un grupo de gente que queda excluido, cuya magnitud es variable. Esa falla produce uno de los problemas centrales del orden económico nacional y global: se producen riqueza y bienes, pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos. (2)

Es por estas razones que la ley de defensa del consumidor asume una condición universal y de orden público: el consumo de

ByS es mucho más que un contrato o una relación entre proveedores y consumidores; se trata de una cuestión de Estado. Las leyes intervencionistas, como la que estamos examinando, buscan templar estas asimetrías atroces, antes que beneficiar a grupos particulares.

El sentido universal de la LDC tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato, rompiendo de esta forma con una regla ancestral: el efecto relativo de los contratos establecido en el art. 959 CCyC. (3)

ii) El tercero expuesto a la relación de consumo (El bystander). No podemos referirnos al principio de la universalidad del derecho del consumidor sin hacer un recorrido evolutivo por las distintas normas –vigentes, modificadas y derogadas – que participaron en la formación y actual vigencia de la figura del tercero expuesto a la relación de consumo.

En primer lugar, nos sentimos obligados a señalar que el sujeto expuesto es una de las instituciones jurídicas más importantes de nuestro ordenamiento y que, muy lamentablemente, el legislador reformista, seguramente presionado por muy poderosos grupos de la economía real (Compañías de seguros, particularmente) hizo enormes esfuerzos por aplazarla.

El bystander es, ni más ni menos, un sujeto que sin ser parte de un contrato de consumo está expuesto a las consecuencias de ese contrato celebrado entre terceros; la sola condición de estar expuesto a esa contratación ajena le da derechos que puede invocar.

En suma; el bystander hace trizas el efecto relativo de los contratos al permitir que quien no es parte invoque derechos propios de los contratantes. En sus días de doctrinario, Ricardo Lorenzetti sostenía sin filtros: El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó al sugerir la imputación por daños al fabricante, al distribuidor, al

mayorista, al titular de la marca, que han celebrado contrato alguno con el consumidor... (4) El tercero expuesto ni siquiera es el consumidor directo o indirecto; es un tercero ajeno al contrato que, sin embargo, tendrá el mismo derecho a la indemnidad que tiene el contratante.

iii) Las normas en juego. Antes de meternos de lleno en el tema, es necesario pasar rápida revista por las normas, vigentes y derogadas, relacionadas con este sujeto que, indistintamente, vamos a llamar tercero expuesto o bystander.

- a.-El art. 1 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361;
- b.- El art. 1 de la ley 24.240, reformado por la ley 26.994;
- c.-El art. 1094 del Código Civil y Comercial.
- d.- El art. 1096 del Código Civil y Comercial.

iv) El art. 1 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361. Esa norma establecía una formulación muy amplia para definir el universo de sujetos que debían ser considerados usuarios o consumidores. El texto legal, en su segundo párrafo, disponía: Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

La universalidad de esta norma impedía que hubiera una relación jurídica que no fuera, en simultáneo, una relación de consumo. En su momento, la doctrina nacional intentó explicar la extensión - admitimos que un poco exagerada - de la norma desarrollando argumentos de tipo constitucional. Así, se sostuvo que: “El art. 42 de la Const. Nacional, se refiere a los derechos de los consumidores y usuarios ‘en la relación de consumo. Entendemos que es lo correcto, pues la tutela no va dirigida a un sector de la población, sino a toda persona que halle en ese supuesto” (5)

Pero, más allá de los entusiasmos y las exageraciones iniciales que esta figura suscitó en la doctrina, lo cierto es que la noción de tercero expuesto estuvo desde sus orígenes destinada a romper las fronteras estrechas del contrato para llenarlo de contenido social. En nuestra opinión, el texto constitucional adopta esta expresión no porque dude de que existe un contrato, ya que hay una oferta y una aceptación, sino para referirse, con una visión más amplia, a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios...La ley 26.361, con criterio amplio, incorpora la expresión ‘relación de consumo...’(6)

A pesar de la aparente exageración del texto, no estamos seguros de que la norma, aún bajo esa formulación extrema, estuviera equivocada. De lo que sí estamos seguros es que aquel enunciado era mejor que el actual.

Más allá de afinidades personales, la figura del tercero expuesto nunca fue bien vista por buena parte de la doctrina nacional y, mucho menos, por los poderosos proveedores de bienes y servicios (particularmente las aseguradoras). Estos grupos siempre pensaron que la norma marcaba un avance en materia de responsabilidad que tarde o temprano los iba a perjudicar.

No caben dudas que la inclusión de un sujeto abstracto denominado ‘expuesto a la relación de consumo’ aumenta los límites en los que se desarrolla la teoría general de la responsabilidad porque incrementa –y mucho- las posibilidades de que las víctimas de accidentes tramiten un reclamo contra sujetos que, en principios, no tienen ninguna vinculación jurídica. Por otra parte, la exposición a un relación de consumo en rigor no constituye ninguna regla de legitimación, legitima a todos frente a un daño cuya causalidad se acredite ocasionada por algún objeto, actividad o cosa que pueda ser denominada producto; claro está sin que se tal término encuentre precisión en alguna fuente del sistema jurídico.(7) Tiene razón

Santarelli, la noción de tercero expuesto, dada su extensión, legitima a un amplio universo de sujetos para que sean titulares de eventuales acciones de responsabilidad contra proveedores de bienes y servicios.

Sin embargo, esto no obedece a una mera exageración legislativa porque no puede soslayarse que uno de los pilares que sostiene a esta rama del derecho es, justamente, facilitar el acceso a la justicia de los usuarios. Y, por añadidura, facilitar también la reparación de los daños con independencia de que exista una responsabilidad contractual o extracontractual.

La tutela real de los derechos fundamentales del consumidor exige la reparación de los daños, con fundamento en el principio genérico de no dañar a otro.

En días que hoy parecen muy lejanos, pero que no lo son tanto, el jurista Lorenzetti expresaba un pensamiento que merece ser analizado: El principio genérico de no dañar a otro tiene rango constitucional, conforme lo ha señalado la doctrina en forma coincidente. Esta afirmación tiene una gran importancia en dos aspectos los ámbitos de responsabilidad y la tipicidad... (8) Desde luego, coincidimos con el autor y pensamos que las víctimas de accidentes de tránsito también son beneficiarias del derecho genérico a no ser dañadas.

Lorenzetti avanza con esta idea sosteniendo: Esta mudanza responde a la necesidad de dar respuesta a nuevos intereses merecedores de tutela, con lo cual la responsabilidad dejó de girar alrededor del acto ilícito para admitir progresivamente la regla de que se responde cada vez que se lesiona un interés merecedor de protección... (9) Volvemos a coincidir con esta reflexión; y, en ese orden, pensamos que la figura del bystander, precisamente, unifica los ámbitos de responsabilidad en torno a la noción de un daño injustamente padecido y que, como tal, merece tutela y resarcimiento.

El citado autor culminaba su idea señalando que, La aplicación del principio genérico de no dañar a otro como cláusula general de responsabilidad, la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, la admisión de actos ilícitos atípicos, el resarcimiento de los nuevos intereses individuales y colectivos, son reglas apropiadas en la responsabilidad extracontractual en el derecho del consumo. (10)

Esto es, exactamente, lo que justificaba la amplitud del universo de sujetos tutelados que proponía la figura del tercer expuesto: la indemnización basada en el deber genérico de no dañar y en una ilicitud atípica que obliga a las compañías de seguros a ofrecer el resarcimiento a las víctimas del accidente. Esto último, desde luego, sin perjuicio de la acción de regreso que siempre conservarían para repetir lo pagado de su propio cliente si la repetición fuera procedente.

v) El bystander y el mayor acceso a la justicia. Por otra parte, y en adición a argumento desarrollado en el antecedente, cabe agregarse que el verdadero acceso a la justicia consiste en, no solo permitir que el usuario se queje, sino alentarlo, desde el Estado, a que lo haga.

La organización internacional de Naciones Unidas sostiene que es inherente al derecho del consumidor la creación, por parte de los Estados, de procedimientos –judiciales y administrativos - que faciliten y estimulen los reclamos de los usuarios. En ese sentido, las Directrices para la protección del consumidor, tanto en su primera formulación del año 1985 como en la última reforma del pasado mes de julio de 201, sostienen la necesidad de aceptar los mecanismos públicos para hacer reclamos apropiados. Así, en el punto F. n° 37 en el acápite denominado Solución de controversias y compensación, se establece: Los Estados Miembros deben alentar el establecimiento de mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los

casos transfronterizos. Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja. Los Estados Miembros deben facilitar a los consumidores el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego y que, al mismo tiempo, no impongan cargas excesivas o indebidas a la sociedad y las empresas (11).

La directiva de Naciones Unidas es clara: los Estados deben asegurar el acceso de los consumidores a la justicia, facilitar los reclamos y ampliar la base para que las víctimas obtengan indemnizaciones.

Es clave para la buena marcha de las relaciones de consumo que existan muchas quejas de usuarios enojados y procedimientos ágiles que las contengan. El instituto del bystander va en esa dirección; en definitiva, todos sus secretos se resumen en la creación de una hiperbólica legitimación activa para efectuar reclamos. Por supuesto que la hipérbole podía limitarse aplicando los principios generales del derecho, tales como el abuso de derecho o la buena fe. No era necesario derogar la norma; era suficiente que se aplicara con equilibrio y coherencia dentro del ordenamiento jurídico. Pero, lo cierto es que las corporaciones empresarias más poderosas no querían - y no quieren - ni oír hablar del tercero expuesto a la relación de consumo como sujeto de derecho. El legislador reformista cumplió con obediencia ese reclamo.

vi) El art. 1 de la Ley de defensa del consumidor luego de la reforma de la ley 26.994. Luego de la reforma de la ley 26.994, el segundo párrafo del art 1 de la LDC quedó redactado así: Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de

consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La irreductible maquinaria del lobby empresario -en complicidad con el progresismo apócrifo y regresivo de cierta escuela - borró de un plumazo la última oración del art. 1 de la LDC que incluía, como sujeto consumidor, al tercero expuesto a una relación de consumo. Fin del bystander. ¿Fin del bystander?

vii) Los casos dudosos. Antes de seguir adelante con nuestro desarrollo, vale la pena recordar que en el derecho del consumidor las dudas siempre se resuelven en el sentido más favorable al consumidor. Ese principio general, que originariamente estaba contenido en el art. 3 de la LDC fue reforzado por el art. 1094 del CCyC que dispone: Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Por lo tanto, si en un caso concreto existieran dudas acerca de si un sujeto es un tercero o un consumidor se deberá optar por asignarle la condición de usuario. La idea de protección del sujeto es más próxima a la Constitución Nacional que aquella que la restringe o anula; por eso, la duda -fáctica o normativa - siempre beneficia al usuario o consumidor: El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aún derogatorios de normas generales. (12)

El Derecho del consumidor ha logrado una centralidad protagónica dentro de nuestro ordenamiento jurídico y el Código

Civil y Comercial, a pesar de algunos yerros, asume esa centralidad. Por eso pensamos que la eliminación del bystander, o su confusa limitación, marca un inaceptable retroceso de esa tendencia tan saludable.

viii) El bystander en el nuevo Código Civil y Comercial. A pesar de que la figura del tercero expuesto quedó severamente debilitada luego de la modificación que le impuso la ley 26.994, el bystander aún subsiste en nuestro ordenamiento.

El Libro III, Título III, Capítulos 1 a 4, artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial regula los contratos de consumo y allí incluye una nueva versión del bystander. Resulta esclarecedor, para entender la regresión que este instituto tuvo, analizar detenidamente los fundamentos ofrecidos la Comisión Redactora en ocasión de presentar el anteproyecto del que sería el Código unificado hoy vigente.

Al referirse al contrato de consumo y particularmente al sujeto consumidor que la ley debe proteger, la Comisión Redactora expone una larga reflexión que vamos a fraccionar en cuatro apartados para facilitar su comprensión:

a.- Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. (13). En primer lugar, para la Comisión legislativa, la figura del tercero expuesto llega a nuestro derecho a partir de la experiencia del Código de Consumo de Brasil. Nuestro derecho lo incluye sin limitaciones equiparando al bystander con el consumidor. Es decir: para nuestro derecho, en su primera versión (Ley 26.361) existía una absoluta identidad entre el tercero expuesto y el sujeto directo del acto de consumo.

b.- Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable (14). La Comisión interpreta que esa confusión entre el sujeto de consumo y el sujeto expuesto al acto de consumo se debió a una mala traducción del art. 29 del Código de consumo brasileiro

c.- En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud (15). En este apartado queda claramente establecido que nuestros legisladores no comparten el criterio amplio que la Ley 26.361 le había dado al bystander vernáculo. El temor de la Comisión era que esa universalidad de la noción de 'consumidor' convirtiera a todos los sujetos en eventuales usuarios y consumidores amparados por una legal netamente proteccionista, de orden pública y de marcada intervención oficial. Para los redactores del Código esta amplitud resultaba incompatible con un sistema legal más equilibrado.

d.-Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable(16). Finalmente, en un párrafo de antología, le Comisión revela cuáles fueron los verdaderos motivos que la llevaron al aplazamiento de la figura del tercero expuesto: privilegiar a las compañías de seguros aún al costo de perjudicar a millones de víctimas de accidentes. Ese y no otro fue

el motivo de la restricción del bystander tal como lo habíamos conocido a partir de su creación por la Ley 26.361. Es vergonzoso, pero cierto.

Vamos a analizar los aspectos más relevantes de estas reflexiones que son, ni más ni menos, los antecedentes más directos que hay sobre las nuevas normas.

a.-La definición de consumidor y los recursos idiomáticos. En primer lugar, la Comisión Redactora explica el artículo el art. 1 de la LDC, luego de la modificación de la ley 26.361, ofrecía una definición excesivamente amplia del universo integrado por los usuarios y consumidores. Hay en ello una posición ideológica que puede ser compartida o rechazada. No estamos de acuerdo con la propuesta restrictiva del reformista y mucho menos con los argumentos que se ofrecieron para concretar esa modificación tan regresiva para los derechos del consumidor. Veamos esta cuestión más detenidamente. Para la Comisión Redactora del CCyC la excesiva amplitud que había asumido la figura del tercero expuesto se debió, no a una cuestión de política legislativa del anterior legislador, sino a una traducción defectuosa del artículo 29 del Código de del Consumidor de Brasil. (...Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general...).

De acuerdo a este peculiar argumento, luego de varios años de vigencia de la figura del bystander (Ley 26.361) nos venimos a enterar que todo el revuelo que este instituto había ocasionado no se debía a su concepción revolucionaria de la teoría contractual clásica sino a un defecto de traducción idiomático. Esta idea es, además de frágil en su contenido, un tanto cínica porque intenta disimular los verdaderos motivos que determinaron la restricción de la figura que estamos analizando.

El art. 1 de la LDC, en su versión más amplia, era una norma buena. Su intención era lograr que un mayor número de personas recibieran los amparos de una ley que protege a un sujeto colectivo que es universal. El art. 1 de la LDC protegía a todos los ciudadanos del mercado expuestos al consumo y no hay en esa concepción un error de traducción o una exageración legislativa, sino una lectura sociológica distinta.

En sus días de notable jurista Lorenzetti, explicaba con entusiasmo las bondades del bystander: Debe interpretarse que se trata de personas que están expuestas, sin tener la finalidad de consumidor, incluyendo a las víctimas de un daño derivado de productos, de publicidades, de prácticas comerciales. En estos casos la relación de consumo es un hecho lícito o ilícito que está vinculado causalmente con un daño sufrido por una persona. De este modo se acepta una figura similar al bystander, como se lo conoce en el Derecho anglosajón. (17)

El bystander es una persona que resulta ser víctima de una relación de consumo ajena, pero causalmente vinculada al daño que sufre. Esa es la clave de la figura del tercero expuesto: la relación causal entre el daño padecido y el hecho dañoso. Desgraciadamente, los reformistas dejaron de lado una regla jurídica básica: lo único importante a la hora de encender responsabilidades y repartir indemnizaciones es la vinculación causal entre el hecho dañoso y el daño padecido por la víctima. (18)

El bystander, por más amplio que el concepto resultara para algunos juristas, es un sujeto que padece un daño antijurídico causalmente vinculado con la persona a quien dirige su reclamo.

b.- Los motivos reales que limitaron la legitimación del terceroexpuesto. La Comisión Redactora del Anteproyecto del CCyC señalaba que en Brasil la figura del bystander se utiliza como una noción referida a las prácticas comerciales abusivas concretas y no como una noción general. Así, según lo explicara la Comisión

Legislativa, el malentendido se ocasionó por un defecto en la traducción de las normas que rigen en Brasil (Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general). (19)

Ese tratamiento general fue, según la Comisión, el principal defecto de nuestro art. 1 de la LDC. Por eso dice: Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable... Por el contrario, nuestro art. 1 de la LDC no contenía esa limitación haciendo que la norma fuera de una amplitud insostenible. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud... (20)

Para nosotros esta argumentación no es sostenible porque, por más que el art. 1 de la LDC no lo dijera, no hay ni puede haber dudas acerca de que se refería a un sujeto que había padecido una práctica abusiva (antijurídica) que, además, estaba causalmente vinculada con el daño sufrido. Es una obviedad decir que nadie puede reclamar por un daño que no esté causalmente emparentado con un hecho. Sin relación causal entre el hecho y el daño no hay reparación ni en Brasil ni en Argentina.

No es verdad que el problema del tercero expuesto propuesto en el viejo art. 1 de la LDC tuviera alguna relación con la traducción del código brasileiro. El dilema real no es idiomático, sino que recae sobre la extensión de la legitimidad activa que la ley les otorga a las personas para que ellas sean titulares de derechos. Nuestro legislador reformista quiso restringir esa legitimación y quitársela al tercero expuesto.

Una vez que descartamos que la restricción se haya debido a la intención del legislador de corregir error idiomático sólo nos resta

descubrir el motivo real que motivó la decapitación del bystander propuesto por el art. 1 de la LDC. Y ese motivo es reconocido por el propio legislador: el bystander representaba una amenaza para las compañías de seguros.

En efecto, la modificación del art. 1 de la LDC se debió exclusivamente a la conveniencia de un poderoso sector empresario que ejerció la presión suficiente para lograr su objetivo. El propio legislador lo admite con una inocencia que nos sorprende muy negativamente: Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. (21)

A buen entendedor, pocas palabras.

Para nosotros, por motivos estrictamente jurídicos, nos parece razonable y justo que las víctimas de accidentes de tránsito tengan acción directa contra las compañías aseguradoras. Pero el punto no radica en la extensión del término consumidor sino en que, atropellar a una persona es un acto dañoso y antijurídico que legitima la reacción jurídica de la víctima. En ese orden, cabe recordar que el artículo 1716 del CCyC dispone: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código”.

En la nueva concepción de la reparación de daños, la fuente de la obligación indemnizatoria no surge de la condición de usuario sino del daño mismo. Fernando Ubiría explica muy bien esta situación que se acentuó a partir de la vigencia del código unificado: En suma, tal como propiciaba la doctrina, el daño se ha convertido en el ‘núcleo’ del sistema normativo de manera expresa, en su centro de gravedad, pues por su intermedio se concreta la protección más completa posible de intereses que hacen a la dignidad del ser humano. (22)

Para Lorenzetti la cuestión es todavía más aguda, pues concluye que la idea de daño, como núcleo de una remozada teoría general de la responsabilidad, ha modificado la noción de antijuridicidad: En cuanto a la tipicidad, se ha producido una mudanza relevante: de la antijuridicidad formal y típica, a la antijuridicidad material, y de allí a la introducción de una cláusula general de responsabilidad. Un análisis del derecho comparado muestra sistemas basados en una tipicidad rígida y otros prácticamente sin tipicidad, las diferencias se van diluyendo en el campo de las soluciones concretas. (23)

La antijuridicidad material significa, ni más ni menos, que el daño es lo antijurídico y la obligación de no dañar una fuente de responsabilidad general.

Y, volviendo al tema que examinamos, no parece incierto sostener que la mejor manera de acceder a la reparación integral es permitir la posibilidad de que las víctimas de accidentes puedan demandar directamente a la compañía de seguros del tomador de la póliza. Ello, por más que el único vínculo jurídico y causalmente relevante entre el accidentado y la compañía de seguros sea el daño. (24). Por más que, como es obvio, las compañías de seguros se opongan a perder este inusual e inexplicable privilegio que tienen en Argentina.

Además, tampoco debe olvidarse que el titular de un seguro (automotor) lo tomó precisamente para beneficiar a un tercero que no conoce y que, desde luego, es ajeno al contrato que celebra con la aseguradora

Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que el seguro automotor para cubrir eventuales daños causados a terceros es obligatorio conforme lo dispone el art. 68 de la ley 24.449. Este dato no constituye una cuestión menor, pues solamente la existencia de un tercero expuesto a eventuales daños determina la obligatoriedad del

seguro. Esto significa que, sin ese tercero al que el sistema determinó que hay que proteger, la obligatoriedad de este seguro perdería todo sentido.

No hay motivos reales que sirvan para explicar por qué una ley (24.449) establece que el contrato de seguro automotor es obligatorio para cubrir daños a terceros y luego no se le permite a ese tercero la legitimación activa necesaria para que exija el derecho que la ley le ha acordado.

En esa incongruencia incurre con preocupante obstinación la CSJN. Recientemente, esta terquedad quedó expuesta en el caso *Díaz v Evangelista* (12-06-2018) en cuyo considerando 9) el Tribunal dispuso que: El seguro obligatorio de responsabilidad civil para automotores tiene, como muchas otras instituciones jurídicas, una finalidad social que excede el interés individual de los particulares que se encuentran vinculados por el contrato de seguro. Ahora bien, una mera referencia a la “función social del seguro”, tal como la que realiza la Cámara Civil en los fallos plenarios “Obarrio” y “Gauna” — en los que se funda la sentencia recurrida— no autoriza per se a los jueces a sustituir a las autoridades administrativas y declarar inoponible al damnificado la franquicia pactada entre aseguradora y asegurado cuando ella fue contratada de acuerdo con las normas emitidas por la Superintendencia.⁽²⁵⁾ Esto significa que en nuestro sistema conviven simultáneamente una ley que le asigna derechos a las víctimas de accidentes y un criterio pretoriano que lo limita antojadizamente y que en muchos casos convierte a la ley 24.449 y al sentido común en letra muerta.

La concepción amplia del tercero expuesto que proponía el art. 1 de la LDC antes de la reforma le ponía fin a esa absurda situación tan perjudicial para las víctimas como conveniente para las compañías aseguradoras. ⁽²⁶⁾ Y ese fue el único motivo que determinó la reforma derogativa que la ley 26.994 le impuso a la figura del tercero expuesto: mantener indemne el interés y la renta de las empresas aseguradoras.

ix) Un bystander vaciado de contenido. Ahora sí, veamos cómo quedó configurado el bystandercriollo luego de las correcciones idiomáticas que le hizo la ley 26.994.

En primer lugar, vamos a examinar el artículo 1096 del CCyC que dispone: Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

La norma establece que los sujetos protegidos de las prácticas abusivas son: ‘todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no...’ Sinceramente no se aprecia en esta fórmula alguna diferencia conceptual con lo que proponía el viejo art. 1 de la LDC cuando establecía que era consumidor quien: ... de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo....

Decir todas las personas expuestas a las prácticas comerciales es exactamente lo mismo que decir cualquier persona expuesta a una relación de consumo. No parece que la nueva traducción propuesta por el legislador sea verdaderamente superadora de la anterior. El art. 1096 del CCyC incluye el mismo universo de personas que incluía el modificado art. 1 de la LDC. La diferencia no hay que buscarla no en el universo de sujetos sino en las condiciones requeridas para que ese grupo pueda ser titular de una acción.

En ese orden, el artículo 1.096 CCC dice que los expuestos a la relación de consumo tendrán acción si son afectados por informaciones insuficientes o publicidades engañosas. Esto significa que habrá bystander o tercero expuesto a la relación de consumo siempre que la cuestión involucre informaciones defectuosas o publicidades engañosas.

Por los motivos antes señalados (privilegiar a las compañías de seguros) se limitó la figura del bystander a las situaciones previstas en los artículos 1096 a 1103 del CCyC. Empero, los legisladores no

explicaron porque se protege a las personas contra los efectos nocivos de una publicidad engañosa que anuncia un desinfectante para baños y se le restringe la tutela a quien es atropellado por un automóvil.

En síntesis, bajo el nuevo sistema normativo el tercero expuesto existe, pero el legislador quiso que su participación sea mucho más limitada; es decir, no quiso que entorpeciera los negocios de las aseguradoras que operan en el país. Empero, como hecho positivo hay que señalar que el bystander, como sujeto indeterminado y ajeno a la contratación directa de bienes y servicios, sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento. En el tópico siguiente se hará una propuesta doctrinaria tendiente incorporar la acción directa de las víctimas de accidentes contra las aseguradoras.

B. La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras.

i) Introducción.

A pesar de lo dicho en los tópicos anteriores, vamos a formular una idea para solucionar la enorme injusticia que supone que las víctimas de un accidente de tránsito no tengan acción directa contra las aseguradoras. Para ello, y con dosis equivalentes de convicción y optimismo, vamos a proponer una interpretación innovadora del art. 1027 del CCyC. Esta norma, según pensamos, le abre las puertas a la acción directa que proponemos.

Esta interpretación, que sin dudas favorece a las personas que sufrieron accidentes de tránsito, debería ser receptada favorablemente en los tribunales porque está basada en los siguientes fundamentos:

a.- Es congruente con el art. 1 del CCyC, en tanto respeta la mayor cercanía que los usuarios y consumidores tienen a la Constitución Nacional y, sobre todo, la mayor cercanía que las víctimas de accidentes de tránsito tienen a los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Como bien señalaba Lorenzetti

unos años atrás: La responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: "de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización" del "daño a la propiedad" al "daño a la persona", del daño individual al daño colectivo, de la reparación a la prevención. (27);

b.- También es congruente con el art. 2 del CCyC en tanto se protege a la persona y sus derechos fundamentales por sobre otros derechos, también de rango constitucional, pero de menor jerarquía. Esta interpretación armónica de los derechos en juego es compartida por buena parte de la doctrina vernácula. Lidia Garrido, por caso, postula que: El Código Civil y Comercial toma muy en cuenta los tratados en general y en particular los de derechos humanos y todos los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Se establece así una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado, situación ampliamente reclamada por la doctrina argentina, como ya lo hemos expresado. Se protege a la persona humana y los intereses de incidencia colectiva a través de los derechos fundamentales que son reflejados en normas particulares. Se receptan ciertos valores y principios, como el de la constitucionalización del derecho privado, el respeto a una sociedad multicultural, la ética de los vulnerables y el paradigma no discriminatorio (28).

c.- La interpretación del art. 1027 que proponemos también es congruente con la regla de progresividad de los derechos fundamentales. Ello así porque la figura del tercero expuesto estaba regulada en forma amplia en el ordenamiento y aceptada favorablemente por los tribunales, razón por la cual la modificación del art. 1 de la LDC no implica el aplazamiento o la regresión de un derecho que afecta directamente a la persona.

En ese orden de ideas, Sahián sostiene que: Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la de "no

regresividad" o "prohibición de retroceso", en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los tratados de derechos humanos. (29).

Es que, como dice este autor, la reducción o restricción de derechos asignados a la persona (como lo era el reconocimiento de la figura del tercero expuesto como titular de derechos) es contraria a la política que deben seguir los Estados que, como el argentino (art. 75, inc. 22 CN), asumen compromisos internacionales con los DDHH. (30)

ii) El art. 1027 CCyC y la teoría general del contrato. La norma que vamos a examinar y de la que aún la doctrina no se ha ocupado demasiado, tomó el lugar del viejo art. 504 del Código Civil derogado. Sin embargo, las normas presentan importantes diferencias. En primer lugar, difiere su ubicación sistemática dentro del código. Vélez Sarsfield optó por poner la estipulación en favor de terceros en la parte general de las obligaciones mientras que el Código vigente la ubicó dentro de la teoría general del contrato.(31)

La nueva organización sistemática nos parece más acertada porque la estipulación está contenida dentro de un contrato; el acuerdo es la fuente de la obligación exigible por el tercero beneficiario. La estipulación en favor de un tercero es, necesariamente, una relación contractual.

El artículo vigente tiene derivaciones muy importantes que resultan aplicables al contrato de seguros. Es por eso que, en primer lugar, vamos a dejar sentado que lo establecido en el art. 1027 es una regla indisponible que no puede ser alterada por la voluntad de las partes ni renunciada por la parte que se beneficia con sus efectos.

iii) Análisis del texto legal. Primero vamos a examinar el texto legal completo: Art. 1027. Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario,

determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.

La norma regula la introducción de terceros (beneficiarios) a un contrato celebrado entre personas con las que no tiene ninguna vinculación jurídica. Por ese motivo sostenemos que el art. 1027 constituye una ruptura de la teoría general del contrato en la medida que determina una excepción al efecto relativo de los contratos.

El artículo se refiere a tres sujetos; a saber: a) el beneficiario; b) el promitente; y c) el estipulante.

a.- ¿Quién es el beneficiario? El párrafo primero de la norma se refiere al beneficiario determinado o determinable: Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable...

La norma distingue dos categorías de personas que pueden ser las beneficiarias de la estipulación a su favor. En primer lugar, el texto legal menciona al sujeto previamente identificado y determinado por el promitente. En segundo lugar, el art. 1027 dispone que también puede ser beneficiario un sujeto, a priori indeterminado, pero que en el futuro podrá ser determinado (el sujeto indeterminado pero determinable).

Es este último sujeto el que nos importa destacar porque esta persona indeterminada es, en la interpretación que proponemos, el

peatón anónimo que resultó accidentado en un siniestro automotor. En el momento de sufrir el accidente ese transeúnte desconocido se convierte en el sujeto determinado y beneficiario del contrato.

Conforme esta interpretación, el caminante callejero es uno de los sujetos más destacados que resultan incorporados al contrato de seguros. Es fácil advertir que nuestra intención es lograr que las víctimas de accidentes de tránsito tengan legitimación activa suficiente para demandar, en forma directa, a la empresa aseguradora sin tener que pasar por el engorroso sistema procesal de la citación prevista en los artículos 90 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación.

b.- ¿Quién es el promitente? Este sujeto es quien cede al beneficiario los derechos que había acordado con el estipulante. El art que examinamos dispone que. ...el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El promitente, entonces, es el titular de una póliza que será cedida al beneficiario indeterminado. Dicho de otro modo: el promitente es el titular de la póliza que será cedida al sujeto indeterminado en el preciso momento en que éste se convierta en la víctima del accidente.

c.- ¿Quién es el estipulante? Es el sujeto con quien el promitente ha celebrado el contrato de base que beneficia al tercero. El estipulante es, sin dudas, la compañía de seguros. En nuestro desarrollo, el asegurador establece una doble vinculación jurídica. Veamos. En primer término, establece una vinculación contractual con el titular de la póliza; y, en segundo término, ese contrato determina la existencia de una segunda vinculación jurídica con la víctima del daño que deberá reparar integralmente, si correspondiere según las circunstancias fácticas en las que ocurrió el siniestro.

d.-La aceptación y el rechazo del beneficiario. Conforme lo establecido por la norma, el beneficiario puede aceptar o rechazar el beneficio asignado en la norma. Para entender cómo funciona la

aceptación y el rechazo debemos considerar que el sujeto beneficiado puede ser determinado (identificado desde la celebración del contrato) o indeterminado pero determinable.

El beneficiario indeterminado es la víctima del siniestro quien, a partir de ese hecho, se convierte en el beneficiario directo de un contrato, derecho que recibe por la cesión efectuada por el promitente al suscribir la póliza.

Por lógica, la víctima del siniestro no podrá ni aceptar ni rechazar este beneficio hasta que no se convierta en el titular del derecho. O sea: únicamente podrá repudiar la cesión luego de haber sufrido el accidente. Sin embargo, sería nulo y sin ningún valor que renuncie a su derecho de accionar en forma directa a la empresa asegurada que le garantiza cobrar su resarcimiento. La renuncia no sería válida porque –sin dudas– violaría las prescripciones contenidas en los arts. 988, 1117, 1094 y demás concordantes del Código Civil y Comercial, y del artículo 3 y 37 y demás concordantes de la ley 24.240. Dicho en otras palabras: cualquier renuncia al derecho de convertirse en cesionario de los beneficios establecidos en el art. 1.027 CCyC sería nula por abusiva.

e.-La revocación del estipulante. Uno de los párrafos del artículo 1027 CCyC dice: El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida.

Esta parte del artículo pone en juego dos cuestiones. Primero, el estipulante no puede recibir la aceptación antes de que ocurra el siniestro que transforma al sujeto indeterminado en beneficiario. En segundo lugar, para revocar la estipulación deberá contar con la aceptación del promitente (cuando éste tenga interés en mantener el beneficio).

Esto significa que la revocación está sujeta a una serie de condiciones:

i) El estipulante debe ejercer la revocación con posterioridad al suceso dañoso. En el ejemplo propuesto, la compañía de seguros debería revocar el beneficio en el mismo momento que debe hacerse cargo de los gastos que supone ese mismo beneficio;

ii) En segundo término, para que la revocación sea eficaz se requiere que la víctima del suceso no acepte el beneficio luego de sufrir el accidente. Sería, pensamos, una renuncia inverosímil, o forzada; nadie espontáneamente renuncia a la posibilidad de demandar a un deudor solvente. Por tanto, sería una renuncia abusiva y viciada de nulidad. (art. 988 del CCyC y 37 de la LDC)

iii) Que el promitente, luego de ocurrido el accidente, autorice esa revocación. Nos parece impensable que el prominente quiera desobligar al asegurador justo cuando tiene que pagar la indemnización para la cual fue contratado. Desde luego, si esa renuncia apareciera como una cláusula del contrato, ella sería nula conforme las disposiciones que regulan las cláusulas abusivas. (arts. 988, 989, 1117, 1122 del CCyC y 37 de la LDC).

iv) Reflexiones críticas. Frente a la interpretación que proponemos del art. 1027 CCyC pronosticamos resistencias de todos los sectores interesados en restringir los alcances de esa norma.

En primer lugar, habrá que vencer la resistencia de la propia Comisión Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial que, como antes explicamos, hizo todos los esfuerzos necesarios para evitar que exista una acción directa de las víctimas de accidentes contra las aseguradoras. Por el contrario, para nosotros la creación de una acción directa es un imperativo de justicia que, inexplicablemente, sigue demorado con argumentos inverosímiles. En segundo lugar, habrá que vencer una resistencia aún más obstinada: la de la Corte Suprema de Justicia que, cada vez que puede, deja ver que no está

dispuesta, en sentido figurado, a soltarle la mano a las compañías aseguradoras.

A todo esto, es bueno recordarle, sobre todo a los señores magistrados, que en Argentina se producen miles de muertes por año en accidentes de tránsito. Según datos de la organización Luchemos por la Vida, las muertes ocurridas en ocasión de accidentes automovilísticos en el año 2014 alcanzaron el vergonzoso número de 7613 personas. Esa cifra trepa a 175.050 personas si se contabilizan los últimos 23 años. Si se incluyeran en esa muestra los accidentes que dejaron víctimas sobrevivientes, la magnitud de este desastre se mediría por millones. (32)

Es indudable que el contrato de seguro de automotor tiene trascendencia social que supera el mero interés individual de los contratantes. Por eso dirigimos todos nuestros esfuerzos a incrementar los derechos de las víctimas de accidentes.

v) Las víctimas de accidentes como usuarios del servicio. La teoría de Waldo Sobrino. Por su parte, este reconocido autor nacional llega a idénticas conclusiones que las nuestras, pero partiendo de un presupuesto distinto. En efecto, para nuestro querido amigo Waldo la víctima no es un tercero expuesto a la relación de consumo, sino que es, lisa y llanamente, un consumidor de servicios asegurativos. Y, como tal, le corresponden todos los derechos y las acciones que tiene frente al contrato del seguro el propio. (33)

Dicho en otros términos, para Sobrino la víctima es una de los sujetos comprendidos en el art. 1 de la LDC y el art. 1092 del CCyC. La idea, muy acertada, del autor es que un sujeto que no es parte de un contrato de consumo puede ser parte de la relación de consumo; el sólo hecho de ser integrante de esta relación jurídica que es mucho más amplia que la noción de contrato, le da los mismos derechos que le corresponden al contratante. Así, Sobrino explica que, Si bien la Ley 24.240 hacía mención al contrato de consumo, es menester resaltar que la Ley 26.361 modificó dicha posición. En

efecto, la Ley 26.361 y el Código Civil y Comercial, introdujeron la noción de relación de consumo. De esta forma, el art. 1 de la Ley 24.240...y el art. 1092 del Código Civil y Comercial..., establecieron que son considerados consumidores: quien es parte de una relación de consumo...quien no es parte, pero como consecuencia de una relación de consumo, utiliza bienes o servicios...Como consecuencia de ello, una persona que no es parte de la relación contractual, igualmente puede integrar la relación de consumo, en carácter de consumidor. (34)

El planteo de Sobrino es correcto de principio a fin. También para nosotros es evidente que cuando el art. 1092 del CCyC define a los consumidores, incluye a quienes utilizan servicios ‘como destinatario final. Las víctimas de accidentes de tránsito son los destinatarios finales de los servicios asegurativos que, obligado por el art. 68 de la Ley 24.449, tomó el titular de la póliza. La otra pauta legal para estudiar si la Víctima de un accidente de tránsito puede ser considerado un consumidor es el análisis respecto de la calidad de destinatario final...Es menester resaltar que la pauta respecto del destino final, en principio, se la suele interpretar a través del prisma del lucro, de manera tal que si quienes forman parte de la relación de consumo no lucran con el bien o servicios, es que pueden ser considerados como consumidores. En este punto corresponde señalar que ni el propio asegurado, y – menos aún – la víctima de un accidente de tránsito, pueden lucrar con el seguro obligatorio de responsabilidad civil. (35)

La construcción lógica de Sobrino no tiene fisuras. La víctima de un accidente de tránsito reúne en su desdichada persona todos los elementos para ser considerada como usuaria de los servicios asegurativos contratados por el titular de la póliza. Veamos: a) Los arts. 1 de la LDC y 1092 del CCyC definen al consumidor como el destinatario final del uso de un bien o servicio; b) La víctima de un accidente de tránsito es, sin dudas, ese sujeto que hará uso final del seguro tomado por el titular de la póliza; c) Ni la víctima del siniestro ni el tomador lucran con el seguro.

vi) La posición intermedia de Alejandro Chamatropulos. Este destacado autor nacional es otro de los juristas que se ha ocupado del tema, llegando a conclusiones similares. Para Chamatropulos, el damnificado es consumidor directo del seguro, pero limita esa condición a que se trate de un seguro obligatorio. Por mi parte, si bien admito la posibilidad de que el tercero pueda ser consumidor, lo hago con argumentos propios y circunscribiendo la protección a los casos de seguros de carácter obligatorio. (36)

La distinción que hace el autor radica en que cuando el seguro es obligatorio pone de manifiesto que el tercero y eventual damnificado es el sujeto que se quiere proteger. Es decir, es el destinatario final de la indemnidad que otorga un seguro. La instauración de seguros de carácter obligatorio, sin perjuicio de garantizar indemnidad al asegurado, apuntan fundamentalmente a la protección de terceros damnificados. Son seguros sociales... Como una lógica derivación de mi postura expresada en algún punto anterior..., sostengo que cuando se esté ante seguros de responsabilidad civil de carácter obligatorio, el tercero damnificado, al ser sujeto al cual la norma que lo creó busca fundamentalmente proteger, podrá invocar siempre la existencia de una relación de consumo frente a la aseguradora de su dañador... (37)

vii) Nuestra posición. Desafortunadamente, acierta Chamatropulos cuando sostiene que la tendencia de la Corte Suprema es congruente con la eliminación de la figura del tercero expuesto: ... es importante decir también que la jurisprudencia reiterada de la CSJN de los últimos años pareciera ir tomando partido por la exclusión de estos sujetos como consumidores, aun cuando no resuelva expresamente esto. En precedentes, el Alto Tribunal, al realzar los efectos relativos del contrato de seguro y declarar su oponibilidad frente a los damnificados, deja poco margen para que éstos puedan ser considerados consumidores, solicitando, por ejemplo, la declaración de abusividad de la alguna cláusula del contrato de seguro del cual no fueron partícipes. (38)

Por ese motivo pensamos que nuestra solución, referida a la aplicación del art. 1027 del CCyC, es superadora del debate entre las ideas doctrinarias de Sobrino y las que sostienen Chamatropulos y otros autores.

Nuestro argumento no hace distinciones entre seguros voluntarios u obligatorios, ni si el damnificado es o no es destinatario final de la relación o si el titular de la póliza es o no es consumidor de seguros. En la medida que se den los requisitos de la estipulación en favor del tercero éste tendrá acción directa contra la compañía aseguradora.

Nuestro argumento apunta a desafiar el criterio que actualmente sostiene la Corte Suprema ofreciendo un acercamiento distinto para lograr que las víctimas de accidentes tengan acción directa contra las compañías de seguros. Ello asumiendo una realidad incontrastable: en reiteradas ocasiones la CSJ se ha pronunciado en contra de las víctimas de accidentes favoreciendo a las empresas aseguradoras. (39)

Veamos tres ejemplos emblemáticos de esta situación:

En el considerando 9) del caso Buffoni (abril de 2014) la Corte Suprema dijo:

... Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).(40)

Y el mismo criterio quedo consolidado en el caso Flores (6 de junio de 2017), cuando el considerando 10 de este bochornoso fallo establece:

... Que, al respecto, cabe reiterar que los contratos efectos entre las partes contratantes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, excepto en los casos previstos en la ley. Es por ello que aquellos deben ser interpretados en su integridad, lo cual excluye toda exégesis aislada de una cláusula o expresión del negocio. Se impone el deber de observar el lazo íntimo que une a todas las cláusulas, pues no resulta aceptable fraccionar lo convenido únicamente para acatar las estipulaciones que favorecen al tercero damnificado y desechar otras que ponen límites a la obligación del asegurador.(41)

viii) Epílogo. Ya para terminar este tópico nos gustaría aclarar que la única divergencia que nos separa del pensamiento Sobrino es de estrategia jurídica y no la forma en que ambos pensamos el asunto. El problema es que, hasta ahora, el argumento de considerar a la víctima como un usuario de los servicios asegurativos contratados por el asegurado no es receptado favorablemente por la doctrina especializada y por el Supremo Tribunal.

Es por eso que, en forma complementaria, proponemos llegar al mismo objetivo utilizando, como antes explicamos, la figura de la estipulación en favor del tercero contemplada en el art. 1027 del CCyC. Además, y como suele decir nuestro entrañable amigo Waldo, no son argumentos excluyentes sino complementarios. Es decir, quien intente el relamo directo de víctimas contra aseguradoras podrá optar por el camino propuesto por Sobrino, que es el más completo y formal, y complementarlo con la propuesta subsidiaria que surge de la interpretación del art. 1027 del CCyC que hemos propuesto en los párrafos que preceden.

Por si quedaba alguna duda del criterio de la CSJ, en junio de 2018 volvió a expedirse con mayor rigurosidad y con mayor regresividad a la hora de regular las relaciones entre los usuarios y las

compañías de seguros. Así, en los autos Díaz, Graciela vs. Evangelista, Jorge, dijo:

... 11) Sin perjuicio de lo expuesto en el considerando anterior, es de recordar que el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil; actuales arts. 957 y 959 del Cód. Civil y Comercial). Por lo tanto, la víctima de un daño es un tercero con relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, desde que no fue parte de ese contrato (arg. art. 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima, pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. En consecuencia, si la víctima, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, desea invocar el contrato de seguro en su beneficio y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribir su reclamo a los términos de la póliza (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil; actuales arts. 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial; Fallos 337:329; 338:1252). (42)

Esto quiere decir que, a partir de junio de 2018, según esta Corte Suprema, el contrato de seguro es un acuerdo paritario. Pero, los dislates supremos no terminan ahí, porque en el considerando siguiente (n° 12) resolvió el conflicto entre los derechos de la víctima y el derecho de propiedad de las compañías aseguradoras:

... 12) Desde esa perspectiva, debe recordarse que la propiedad tiene protección constitucional (art. 17, Constitución Nacional) y que ella se extiende a los derechos que nacen de los contratos (Fallos 137:47; 294:152; 304:856; 331:2006; entre otros). Por ello, la sentencia de cámara, al obligar a la aseguradora a afrontar el pago de los daños sufridos por la víctima más allá de las condiciones fijadas en la póliza autorizada por la Superintendencia, alegando la supuesta desnaturalización de la “función social del seguro”, viola su derecho de propiedad. (43)

Esto significa que la regla ‘pro homine’, emergente del art. 1 del CCyC y de diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, cede, a criterio de esta Corte Suprema, resultando preferible proteger el derecho de propiedad de la compañía asegurada sobre los derechos fundamentales de las víctimas de accidentes de tránsito. Se trata, según nuestro modo de ver, de un nuevo fallo escandalosamente regresivo dado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La reseña de los fallos que presentamos nos permite formular una conclusión prácticamente irrevocable. Hasta que no cambie la actual composición de la CSJ, las teorías que sostienen que las víctimas de accidentes son o deben ser considerados como si fueran usuarios de los servicios asegurativos que contrató el agente dañador, no van a prosperar.

Por ese motivo es que pensamos, sobre todo luego del fallo dictado en *Díaz v. Evangelista*, que las víctimas de accidentes de tránsito que quieran demandar en forma directa a las compañías de seguros deberán hacer uso de la herramienta prevista en el art. 1027 del CCyC.

C. Terminaciones

Se presentan algunas conclusiones con la finalidad de ordenar las ideas presentadas a lo largo de este ensayo:

1. La ley 24.240 no fue diseñada solamente para proteger a los usuarios y consumidores; su finalidad proteccionista sobrepasa el interés particular de los consumidores como clase y adquiere un sentido social. Es, según nuestra opinión, una ley que regula funcionamiento de la sociedad de consumo.

2. La Ley de defensa del consumidor tiene sentido y vocación universal. Esta afirmación tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, se incluye en la categoría de usuarios y consumidores a sujetos que no forman parte del contrato, quebrando de esta forma el

principio del efecto relativo de los contratos establecido en el art. 959 CCyC.

3. El bystander (o tercero expuesto) es un sujeto que, sin ser parte de un contrato de consumo, está expuesto a sus consecuencias. Esa condición le da legitimación activa para reclamar contra un sujeto con el que no está vinculado por una relación contractual. Por ejemplo, la víctima de accidentes de tránsito, invocando su condición de tercero expuesto al contrato celebrado entre la compañía de seguros y el tomador de la póliza, queda legitimada para demandar directamente a la empresa de seguros.

4. La figura del bystander fue desde siempre muy resistida por el sector empresario en general y, muy en particular, por las aseguradoras que quieren evitar que las víctimas de accidentes de tránsito tengan legitimación para reclamarles indemnizaciones.

5. El bystander todavía existe en el Código Civil y Comercial, pero el legislador quiso que sus alcances sean mucho más acotados que los previstos en la Ley 26.361.

6. Lamentablemente, el legislador reformista del Código Civil y Comercial no quiso que esta figura, tan benéfica para las personas, entorpeciera el suculento negocio de las aseguradoras que operan en el país.

7. Sin perjuicio de lo dicho en el antecedente, y como hecho positivo, hay que señalar que el bystander sigue vivo dentro de nuestro ordenamiento porque está específicamente contemplado en el art. 1096 del CCyC.

8. En el sistema legal vigente, el tercero expuesto podrá invocar sus derechos en todo lo relacionado con: el trato digno, la libertad de contratar, la información y la publicidad.

9. A lo largo del trabajo, hemos presentado una idea para solucionar la enorme injusticia que supone que las víctimas de un accidente de tránsito no tengan acción directa contra las aseguradoras. Para ello, intentamos realizar una interpretación armoniosa del art. 1027 del CCyC que respete las fuentes establecidas en el art. 1 del CCyC y las pautas hermenéuticas establecidas en el art. 2 del CCyC.

10. Nosotros pensamos que el art. 1027 del CCyC, que regula la estipulación a favor de terceros, le abre las puertas a la acción directa que proponemos.

11. La idea de concebir la acción directa de las víctimas de accidentes, por la vía interpretativa del art. 1027 CCyC es original y superadora de otras ideas doctrinarias que, aun siendo muy interesantes, ya fueron rechazadas por la doctrina del CSJ. En ese sentido, no podemos soslayar que la Corte nunca va a aceptar que las víctimas de accidentes forman parte del contrato que vincula jurídicamente al tomador de la póliza con la compañía de seguros.

12. La Corte Suprema, a partir de la sentencia dada en el caso Buffoni (8/04/2014) en el caso Flores (6/06/2017) y más recientemente en el caso Díaz (12/06/2018) viene sosteniendo con insistencia una posición profundamente regresiva y perjudicial para los derechos humanos de las víctimas de accidentes de tránsito.

13. No vemos con optimismo que en el futuro inmediato ese criterio vaya a cambiar con la actual composición de la Corte Suprema Nacional.

Referencias Bibliográficas

(1) En el mundo la sociedad de consumo la integran 1.728 millones de personas, el 28% de la población mundial: 242 millones viven en los Estados Unidos (el 84% de su población), 349 millones en Europa Occidental (el 89% de la población), 120 millones en Japón

(95%), 240 millones en China (apenas el 19% de su población), 122 millones en India (12%), 61 millones en Rusia (43%), 58 millones en Brasil (33%) y sólo 34 millones en el África subsahariana (el 5% de la población). En total en los países industrializados viven 816 millones de consumidores (el 80% de la población) y 912 millones en los países en desarrollo (sólo el 17% de la población del Tercer mundo). Mientras los 1.700 millones de consumidores gastan diariamente más de 15.000 pesos (20 euros), hay 2.800 millones de personas que tienen que vivir con menos de 1.500 pesos (2 euros) diarios (lo mínimo para satisfacer las necesidades más básicas) y 1.200 millones de personas viven con menos de 700 pesos (1 euro) diarios en la extrema pobreza. Fuente: <http://www.profesorenlinea.cl/geografiagrual/PoblacionEconomiaSocial8U1.htm>, Captura: 4-08-2018. Estos informes son compatibles con cifras que se manejan desde los organismos internaciones más prestigiosos del mundo. Ver Naciones Unidas en, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>, Captura: 4-08-2018.

(2) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2009, pg. 19.

(3) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

(4) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores..., pg. 61.

(5) Juan M. Farina. Defensa del consumidor y del usuario. Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 21.

(6) Farina, Juan, Defensa del consumidor..., pg. 21

(7) Santarelli, Fulvio en Picasso – Vázquez Ferreyra. Ley Defensa del Consumidor, T 1. Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 53.

(8) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(9) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

- (10) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: [AR/DOC/9055/2001](http://ar/doc/9055/2001). Fuente: http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf, Captura, 5-08-2018.
- (11) Lorenzetti, Ricardo, Consumidores..., p. 50.
- (12) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (13) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, ... p. 318.
- (14) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, ... p. 318.
- (15) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, ... p. 318.
- (16) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores..., p. 127.
- (17) La relación de causalidad, o nexos causal entre la conducta del responsable y el daño causado, es la base de la responsabilidad civil. Si no se puede trazar un nexo de causalidad adecuada entre la antedicha conducta y el daño acreditado, no queda más que la resignación cristiana de la víctima, pues ella no puede obtener resarcimiento de quien no se halla unido al daño por un nexo adecuado de causalidad. (Marcelo J. López Mesa. Presupuestos de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Astrea, año 2013, p. 375).
- (18) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (19) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (20) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 318.
- (21) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 15.

(22) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(23) Esta concepción, desde luego, da por terminado el ancestral principio del efecto relativo de los contratos. Ese es uno de los principales de la irrupción del derecho del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico: la desaparición del efecto relativo de los contratos como principio general predominante. Como decía Lorenzetti tiempo atrás: El Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó al sugerir la imputación por daños al ... que no han celebrado contrato alguno con el consumidor... (Lorenzetti, Consumidor..., p. 61).

(24) Díaz, Graciela Luisa c. Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2018, La Ley 27/06/2018, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

(25) Es sabido que, en Argentina, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no se reconoce acción directa al damnificado en el contrato de seguro contra la aseguradora, quien sólo puede hacerla comparecer a juicio catándola en garantía, según lo previsto en el artículo 118 de la Ley de Seguros. A la luz de los nuevos enunciados de la ley 26.361 el tercero beneficiario y el damnificado, sin formar parte de la relación de consumo que se concibe originariamente entre el asegurado y quien contrató los servicios de cobertura de riesgos, se encuentran alcanzados y amparados por el microsistema protectorio del consumidor de seguros, y por ende merecen idéntica tutela por parte del Estatuto del Consumidor. Federico R. Moykens, Federico, R., en Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley Defensa del Consumidor, Buenos Aires, La Ley, 2013, T II, p. 482.

(26) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(27) Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018.

- (28) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.
- (29) A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los tratados de derechos humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los pactos de derechos humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales.
- (30) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017)
- (31) Sabedor de estas críticas, el nuevo Código ubica certeramente a la estipulación a favor de tercero en la teoría general del contrato, dentro de la sección dedicada a la incorporación de terceros, en donde se consagran dos normas generales (arts. 1027 y 1028), que se integran junto a otras dedicadas a la aplicación especial de la figura, tales como las relativas a los contratos de donación, cesión, fideicomiso y renta vitalicia. (Hernández, Carlos, Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2015, T VI, p. 28).
- (32) Los datos fueron tomados de las estadísticas publicadas por la organización Luchemos por la Vida en: <http://www.luchemos.org.ar/es/estadisticas/muertosanuales>.
- (33) Por tanto, luego de estas breves disquisiciones, nos abocamos al desarrollo del presente Capítulo, en el sentido que la Víctima de una Accidente de tránsito, es un consumidor. (Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, 2018, T° I, p.427).
- (34) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...T° I, p.428 y 429.
- (35) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial..., T° I, p.434 y 435.
- (36) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T° I p. 87.
- (37) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto..., T° I p. 87 y 88.
- (38) Chamatropulos, Alejandro, Estatuto..., T° I p. 89
- (39) El lector interesado en profundizar este tema puede consultar dos artículos doctrinarios que hemos publicado tiempo atrás: Shina,

Fernando, El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77 y Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, Citar: DC2431.

(40) Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho.

(41) Flores, Lorena Romina el Giménez, Mareelino Osvaldo s/ daños y perjuicios, CSJ, 6-06-2017, 678/2013 (49-F)/CSI

(42) Díaz, Graciela Luisa c. Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2018, La Ley 27/06/2018, Cita Online:AR/JUR/22795/2018.

(43) Díaz, Graciela Luisa c. Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2018, La Ley 27/06/2018, Cita Online:AR/JUR/22795/2018.

Los derechos humanos y los derechos del consumidor

Entre el realismo mágico y el populismo jurídico

por Fernando Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC2694

[Consultado el: 15/03/2022]

Sumario

- a) Las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor.
- b) Los derechos humanos (DDHH) y los derechos del consumidor: ¿similitud o identidad?
- c) La constitucionalización del Derecho Civil.
- d) Terminaciones.

a) Las reglas de interpretación propias del Derecho del Consumidor

i) Presentación preliminar. El art. 3 de la LDC sienta una de las reglas más importantes del derecho del consumidor. Esta norma establece que las situaciones dudosas deben resolverse aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario. (1) El mismo principio aparece reforzado en el art. 1094 del CCyC (2) .

Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En lo esencial, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC (3) que dispone que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

Entre los autores nacionales, Ricardo Lorenzetti fue uno de los primeros y más tenaces defensores de la regla contenida en el art. 3 de la LDC. Tiempo atrás, este jurista señalaba: “esta regla es correcta, porque la fuente constitucional confiere al Derecho de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias legales tradicionales. Por ello no es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior, o especial, como se ha notado en numerosos casos”. (4)

ii) La Corte Suprema y su marcada posición contraria a los consumidores Pese a los elogios que nos mereció siempre ese pensamiento vanguardista que Lorenzetti tenía en sus días de estudioso, no podemos soslayar que este mismo autor, mientras se desempeñó como Ministro Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo en el Caso Flores v. Giménez que “...5) Que también ha decidido esta Corte que no obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro” (CSJ 1319/2008 (44-M) /CS1 "Martínez de Costa, María Esther c/ Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009 y "Buffoni" (Fallos:337:329). (5)

Este antecedente del mes de junio de 2017, desgraciadamente, no es aislado, sino que viene a consolidar una doctrina que la CSJ había comenzado a diseñar en el CasoBuffoni v. Castro del año 2014. En los considerandos 9 y 12 de Buffoni, la Corte, ya presidida por el Ministro Lorenzetti, estableció (hay que decirlo sin atenuantes) que el principio de interpretación favorable al consumidor y el principio de reparación integral de los daños sufridos por las víctimas ceden cuando el proveedor es una compañía aseguradora. (6)

Y, recientemente, todo ha empeorado porque la Corte ha cerrado el círculo de su doctrina, profundamente regresiva, llegando a

la conclusión de que el contrato de seguro no es un contrato de consumo o, lo que es lo mismo, que a ese contrato se le aplican las reglas propias del contrato paritario que, como todos saben, son antagónicas con las reglas que rigen las relaciones de consumo.

Así, el Máximo Tribunal de la República, en el caso Díaz, Graciela v. Evangelista, Jorge (12-06-2018) sostuvo sin tapujos que: “Considerando 11) ...Sin perjuicio de lo expuesto en el considerando anterior, es de recordar que el contrato de seguro solamente rige la relación jurídica entre las partes que lo celebran (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil; actuales arts. 957 y 959 del Cód. Civil y Comercial). Por lo tanto, la víctima de un daño es un tercero con relación al contrato firmado entre la aseguradora y quien causó el daño, desde que no fue parte de ese contrato (arg. art. 109 de la ley 17.418). El contrato, entonces, no puede perjudicar a la víctima, pero tampoco podría beneficiarla más allá de sus términos y de lo dispuesto en las normas aplicables. En consecuencia, si la víctima, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418, desea invocar el contrato de seguro en su beneficio y citar en garantía al asegurador en el juicio de daños deducido contra el asegurado, en principio debe circunscribir su reclamo a los términos de la póliza (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil; actuales arts. 1021 y 1022 del Cód. Civil y Comercial; Fallos 337:329; 338:1252)”. (7) (Del Voto del Ministro Rosenkratz).

En pocas palabras, para la CSJ el contrato de seguros es un acuerdo de voluntades paritario (art. 957 del CCyC) y que, por lo tanto, se rige por la absoluta libertad contractual, el efecto relativo de los contratos (art. 959 CCyC) y permanece libre de toda intervención judicial (art. 960 CCyC).

Así, de esta forma contundente, atrasamos 150 años de un plumazo. El resultado final de esta doctrina, por más que para nosotros era previsible y lo fuimos anticipando desde la aparición de la sentencia en el caso Buffoni, es igualmente bochornoso. (8)

Empero, más grave aún que este pensamiento (esperamos que provisorio) de la CSJ es el que surge de comprobar que, en muchos aspectos, el propio Código Civil y Comercial tiene una inocultable tendencia a categorizar al contrato de seguros como uno paritario y fuera del alcance de las normas protectorias propias del derecho del consumidor.

Esa predisposición se vio en forma patente cuando la Comisión Redactora del Código que, dicho sea de paso, dos de sus tres miembros son Ministros de la actual Corte Suprema de la Nación (9), se refirió al tercero expuesto a una relación de consumo, dejando bien en claro que la figura del tercero expuesto no alcanzaba a las víctimas de accidentes de tránsito que pretendieran reclamar en forma directa contra la aseguradora del agente dañador. (10)

Sin embargo, y más allá de estos penosos vaivenes de la Corte Suprema y de nuestro todavía inmaduro sistema republicano, vamos a concentrarnos en el art. 3 de la LDC y en el art. 1094 del CCyC, en tanto postulan una innovadora regla que resulta ser rupturista de la teoría general en materia de interpretación de los actos jurídicos.

b) Los derechos humanos (DDHH) y los derechos del consumidor: ¿similitud o identidad?

i) Presentación. Al analizar el art. 1 de la LDC, habíamos señalado que los derechos del consumidor integraban no solamente la privilegiada familia de los derechos constitucionales, sino que también debían ser considerados como integrantes de los Derechos Humanos fundamentales. Hay, como acertadamente dice José Sahián, “una semejanza conceptual y una simbiosis retórica entre los derechos de los consumidores y los derechos humanos...”. (11)

Con este autor coincidimos al pensar los derechos del consumidor como entrelazados con los derechos humanos porque ambos comparten la trama común del hombre; empero, al igual que Sahián, pensamos que los DDHH y los derechos del consumidor no

tienen la misma sustancia teórica ni el mismo peso histórico, mucho menos en la historia de nuestro país. (12)

Lamentablemente, parte de la doctrina los identifica y confunde la similitud que hay entre los derechos humanos y los derechos del consumidor con una identidad que no les corresponde. Esa equivalencia, quizás forzada para vindicar un argumento, termina banalizando a los derechos humanos.

Para nosotros, los derechos humanos tienen más cercanía con la pobreza extrema que, hoy mismo, afecta a casi mil millones de personas en todo el mundo (datos de Naciones Unidas)(13) que con una cláusula abusiva insertada en un contrato de adhesión o con los defectos de un teléfono celular.

Dicho esto, ahora sí veamos la importancia que en los hechos tiene esta vinculación simbiótica que existe entre los derechos del consumidor y los derechos humanos.

En primer lugar, habrá que considerar que el art. 75 inc. 22 de la CN incluye en su cuerpo a los tratados internacionales sobre derechos humanos; más aún: les confiere jerarquía constitucional, estableciendo que ellos son derechos y garantías complementarios de los expresamente designados en la CN. (14)

Roberto Gargarella sostiene que la Argentina se encuentra entre los países que abrazaron la causa constitucional de los Derechos Humanos, permitiendo que los tratados internacionales tengan, dentro de nuestro ordenamiento estatus legal o suprallegal. (15)

En síntesis, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, tienen supremacía constitucional y prevalecen sobre las leyes ordinarias, generales o especiales, de nuestro sistema legal. (16) Sin embargo, eso no alcanza para sostener que dichos

tratados, de capital importancia para la humanidad, tengan con los derechos del consumidor algo más que una relación indirecta.

El acto de consumo, por supuesto, está ligado a la dignidad de la persona, pero dentro del contexto en el que se desarrolla una sociedad con aspiraciones burguesas. En esta afirmación, vale aclararlo, no hay la menor intención despectiva; solamente se intenta describir cómo se articulan los DDHH y los derechos del consumidor en una sociedad de consumo moderna.

El consumo masivo de bienes y servicios describe una puja entre protagonistas dominados por la opulencia, la codicia y el confort. Los tratados internacionales de Derechos Humanos no tienen nada que ver con esta tensión social que se da en las sociedades de consumo; los DDHH describen un déficit humanitario que es incomparable con la tragedia pequeño-burguesa de las modernas sociedades de consumo.

ii) La Constitución convencionalizada. La inclusión en nuestro ordenamiento de estos tratados y convenciones internacionales llevaron a que autores como Néstor Sagües comiencen a pensar que nuestra CN es una Constitución ‘convencionalizada’.

La noción de Constitución convencionalizada alude a un texto que es permanentemente reformulado y actualizado por las modificaciones que a su vez tienen los tratados y convenciones que están incluidos en nuestra propia constitución: “Lo dicho conduce a encontrar un nuevo diseño de la Constitución, que pasa a ser, de la ‘Constitución Nacional’, a la ‘Constitución convencionalizada’... vale decir conformada, adaptada, complementada e integrada, es móvil, desde el momento en que su contenido material... fluctúa en función de los tratados internacionales que suscriba el Estado y la jurisprudencia de la Corte IDH, que generalmente está ampliando los cupos de derechos de la CADH...Ello impone a los operadores del sistema una constante actualización normativa y jurisprudencial”. (17)

Waldo Sobrino también se ocupa de este tema y llega a la interesante conclusión —que compartimos—: que los tratados internacionales no solo convencionalizan la Constitución al quedar incluidos en ella, sino que por su jerarquía constitucional actúan modificando a las demás leyes ordinarias de nuestro ordenamiento. En otras palabras, Sobrino postula que los tratados y convenciones internacionales incluidos en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) tienen preeminencia sobre, por ejemplo, la ley de seguros, la ley de defensa del consumidor, el Código Civil y Comercial, y otras leyes, especiales o generales, del sistema legal. “En primer lugar, es dable destacar el carácter supralegal que tienen estos Convenios, con relación a las leyes; de manera tal que, en caso de contradicción entre la normativa interna y alguno de estos Tratados, es que estos tendrán prelación jerárquica normativa constitucional”. (18)

Estamos de acuerdo, al menos parcialmente, con la idea que propone nuestro entrañable amigo y tratadista; pero, sin embargo, no vemos cómo esos tratados enumerados en la Constitución Nacional podrán modificar o derogar o, de cualquier modo, restringir los enunciados contenidos en la Ley de Seguros (n° 17.418) ni cómo esas mismas convenciones internacionales podrían amplificar los amparos contenidos en la ley de defensa del consumidor (n° 24.240). No existen vasos comunicantes que permitan, de modo natural y espontáneo, aplicar las convencionales internacionales sobre derechos humanos para resolver cuestiones relacionadas con un contrato de seguro automotor.

En sentido similar, aunque más moderado, Pablo Manili sostiene que, “La reforma constitucional de 1994 introdujo cambios trascendentes en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos. Ello ha aparejado cambios en la jerarquía de las normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno”. (19)

En la misma línea, María Gabriela Ábalos postula con buenos argumentos que “...luego de la reforma constitucional de 1994, por encima de las leyes del Congreso se encuentran los tratados internacionales incluidos los de integración, y con jerarquía constitucional los de derechos humanos enumerados en el inc. 22 segunda parte del art. 75 y los que se han incorporado con posterioridad. Lo expuesto trae consigo un debate interesante en relación con la interpretación de la jerarquía de los tratados y su vinculación con la Constitución Nacional, en torno a la supremacía y el control de constitucionalidad que ha sido objeto de otro trabajo”. (20)

Veamos el siguiente razonamiento. Si admitimos que los derechos del consumidor tienen una vinculación genérica con los DDHH, que a su vez son amparados por tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22 de la CN), resulta razonable pensar que las leyes cuyo objetivo sea la protección de los usuarios y la tutela efectiva de sus derechos tienen preeminencia sobre otras leyes. Dicho con otras palabras: debido al contenido, fuertemente constitucional, pensamos que cualquier puja normativa con la ley de defensa del consumidor (Ley 24.240) debe ser resuelta en favor de la LDC. Ello, desde luego, incluye a los conflictos normativos tan habituales entre la Ley 24.240 y la ley de seguros. Pero, según pensamos, la preeminencia de la Ley 24.240 no está dada por su parentesco con los derechos humanos, sino por su propia proximidad a la CN que, en art. 42, les concede privilegio constitucional a los derechos del consumidor. En otro trabajo analizamos esta cuestión más extensamente. (21)

Además, esta vinculación indirecta que sí reconocemos entre los DDHH y los derechos del consumidor no es suficiente para albergar optimismos excesivos porque, en los hechos, no se verifica un mejoramiento en la interpretación que los magistrados hacen cuando ambas leyes entran en conflicto.

A decir verdad, la existencia de tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos no resulta un verdadero obstáculo para que los usuarios y consumidores argentinos pierdan derechos a manos de reformas legislativas e interpretaciones, más bien sombrías, de la propia Corte Suprema de la Nación (ver lo dicho antes sobre los casos Buffoni, Flores y, más recientemente, Díaz).

Es que, por más que esforcemos al máximo la imaginación los tratados de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22 de la CN no contienen normas que incidan directamente sobre el derecho de los consumidores. En este punto, volvemos a coincidir con Sahián cuando señala que, “En el marco del derecho de los derechos humanos, la protección de los consumidores, autónomamente considerados, no goza de un expreso esquema de garantía normativa o convencional definida, ni en el complejo de tratados que compone el sistema de defensa americano o internacional, ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”. (22) Tampoco la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han expedido en fallos que directamente aludan a los derechos del consumidor. (23)

En síntesis: no creemos que el art. 75, inc. 22 del CN implique un mejoramiento de los derechos del consumidor argentino, ni que de esa norma partan directivas hermenéuticas claras en favor de los derechos de los usuarios.

iii) El realismo mágico y el populismo jurídico. El problema de las relaciones de consumo, como ocurre con la mayoría de los problemas sociales, tiene raíces macroeconómicas que poco o nada tienen que ver con la Constitución Nacional. Evitemos los atajos metafóricos: Argentina es un país pobre y subdesarrollado dentro de una región que vive azotada por la pobreza estructural. Ese contexto determina que sea prácticamente imposible mejorar el desarrollo de las relaciones de consumo.

Se equivocan, a nuestro modo de ver estas cuestiones, quienes suponen que los problemas del consumo se arreglan recitando principios constitucionales o agregando leyes que no pueden cambiar la realidad macroeconómica de nuestro empobrecido país.

En muchos casos el jurista, particularmente el latinoamericano, vive fascinado por una especie de ‘realismo mágico’ que lo lleva a pensar que los derechos sociales dependen de una norma jurídica que los declare antes que de un contexto político, social y económico que favorezca su desarrollo.

Roberto Gargarella resume esta idea con mayor lucidez cuando sostiene que, “Por un lado, la historia del constitucionalismo latinoamericano nos habla de una obcecación, por parte de los reformistas locales, por favorecer cambios sociales a través de la introducción de nuevos derechos. Más precisamente, los constituyentes han demostrado una notable obsesión por la incorporación de más derechos, que no ha ido de la mano de una similar obsesión por mejorar -o cambiar, de modo acorde- la organización del poder (volveré luego sobre el punto). Tal cuestión nos llama la atención sobre un problema más vasto, cual es que los constituyentes no han acompañado su pulsión recurrente por escribir más derechos en las Constituciones, con una correlativa preocupación por las condiciones de posibilidad (materiales, políticas, legales) de los mismos derechos que afirmaron en los textos”. (24)

Este populismo jurídico está a mitad de camino entre la buena fe de los principios, la ingenuidad del jurista, y el cinismo del político siempre dispuesto a falsear lo real. Hace décadas que estamos enredados en la candidez de un progresismo teórico alentado por impostores que se turnan.

Veamos. El art 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos postula, entre otros derechos universales el de acceder “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la

salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...”. (25)

Esta norma, estrictamente vinculada a los DDHH e incluida en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 75, incl. 22 de la CN, obviamente no es suficiente para solucionar el problema de vivienda que sufre nuestra población en cada rincón del país. Se estima que en Argentina: “Más de dos millones de familias habitan viviendas deficitarias y otro 1.3 millones atraviesan situaciones de hacinamiento. Las condiciones deficitarias alcanzan así al 28% de los hogares. Al mismo tiempo, año tras año, el saldo entre la cantidad de nuevas familias y las nuevas viviendas construidas viene siendo negativo. Si bien en los últimos años PROCRE.AR generó cierta dinámica diferente a la de la década 2001/10, no es menos cierto que a partir de 2011 la producción privada se fue contrayendo año a año. Faltarían 3 millones de viviendas para satisfacer las necesidades habitacionales de la población”. (26)

Informes recientes de organismos internacionales (ONU) indican que en los últimos años (2016 y 2016) la pobreza en Latinoamérica tuvo un incremento y actualmente alrededor de 186 millones de personas viven por debajo de la línea de pobreza; esto significa que el 30% de la población latinoamericana es pobre. (27)

No estamos frente a un dilema jurídico, sino frente a una inmoralidad política que involucra a todos los sectores de la sociedad.

iv) El principio pro homine. La causa constitucional de los Derechos humanos, utilizando la acertada y original expresión de Roberto Gargarella (28) , pone en escena a otro principio general sustantivo que, a nuestro modo de ver, será el gran articulador de la renovada constitucionalización del derecho privado. Nos referimos, al principio pro homine que fija una clara regla hermenéutica en favor de los derechos humanos.

Como iremos viendo a medida que avancemos en los tópicos siguientes, los arts. 1 y 2 del CCyC han incorporado a nuestro sistema legal la regla pro homine. Esto significa que, a partir de agosto de 2015, es una regla hermenéutica expresamente incluida en nuestro derecho positivo vigente.

Para Manili, “El principio pro homine puede ser definido, entonces, como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones... La Corte IDH, en igual sentido, ha señalado que si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana...”. (29)

La regla pro homine favorece los derechos de la persona (usuarios y consumidores) y repele las limitaciones que a esos derechos les pudieran oponer otras normas, especiales o generales, del ordenamiento jurídico. Esto, para nosotros, implica que la norma favorable al consumidor debe prevalecer sobre otras leyes que, por no tener el anclaje en los DDHH que sí tiene la LDC, tienen menor jerarquía. Y también prevalece el criterio de interpretación que siempre será favorable a la persona. Como bien dice Néstor Sagües: “Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado y prácticamente aceptado hoy en día propone la primacía del ‘mejor derecho’ en sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado en una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencias de interpretaciones”. (30)

Lo que el jurista sugiere, y nosotros compartimos de medio a medio, es que la regla pro homine pasa por encima de la discusión doctrinaria acerca de la inclusión, los alcances y los efectos que los tratados internacionales DDHH tienen en nuestro sistema legal. Es

una regla autónoma que no requiere apoyos normativos exteriores porque ha sido incorporado en nuestro sistema legal (arts. 1 y 2 del CCyC) como otro de los principios generales del Derecho que, a partir de su inclusión en el Título Preliminar del Código difumina sus efectos hacia todo el ordenamiento jurídico; es decir, es una regla que se aplica indistintamente a las relaciones de familia, las obligaciones en general, los contratos de consumo, los contratos paritarios y para todos los actos y negocios jurídicos que se concreten, cualquiera sea su naturaleza.

Además de lo dicho, debe señalarse que el principio pro homine tiene una doble función jerárquica en nuestro sistema normativo. En primer lugar, determina una jerarquía de aplicabilidad en cuanto determina que en caso de eventuales colisiones normativas será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, la regla pro homine determina una jerarquía interpretativa. Así, en caso de dudas o inconsistencias o incertidumbres, siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.

La jerarquía interpretativa implica que la ley favorable al consumidor o, en su caso, a la víctima de un siniestro debe de aplicarse aun cuando el conflicto normativo ocurra entre normas nacionales. Ello se da, por ejemplo, ante el eventual (pero bastante repetido) enfrentamiento la ley de defensa del consumidor y la ley de seguros (Ley 17.418). Por aplicación de la regla que estamos examinando debe aplicarse el criterio más favorable a la víctima. Como bien dice Pablo Manili: “Frente a este principio, toda pretensión de primacía se torna estéril. Por lo tanto, cualquier diferencia entre normas de la Constitución y normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deberá ser solucionada por aplicación del principio ‘pro homine’, según el cual, ante una pluralidad de normas que protegen derechos humanos, hay que aplicar aquella que sea más específica a ese fin, más favorable para la víctima y más beneficiosa para el sistema de derechos”. (31)

Pues bien, no parece una tarea compleja para el juzgador determinar, qué norma es más favorable a la víctima y más cercana al sistema de los derechos humanos. Es lamentable el hecho de que sea la CSJ (ver casos Buffoni, Flores y Díaz) quien omita esta regla que, luego de la reforma del Código Civil y Comercial, se ha constituido como un principio general de nuestro Derecho.

Finalmente, es oportuno señalar que la regla pro homine tiene, además de autonomía propia en nuestro ordenamiento normativo, jerarquía constitucional porque está expresamente establecida en el art. 29 de la CADH, (Ley 25.054) que ordena que ninguna disposición emitida por los Estados miembros puede suprimir o limitar derechos o libertades. (32)

v) La progresividad y la no regresividad de los derechos humanos. Como antes dijimos, no hay identidad entre los DDHH y los derechos del consumidor, pero sí mantienen una vinculación que permite que algunos de los principios que rigen para los DDHH sean aprovechados por los derechos consumeriles.

A nuestro ver, las reglas de progresividad y de no regresividad son los dos principios, de origen y arraigo en los derechos humanos, que más beneficios pueden reportarles a los derechos del consumidor.

Pablo Manili, nos ofrece otra descripción muy acertada de estas reglas complementarias que determinan que una vez que un derecho humano fue decretado por un juez, o legislado por una normativa no puede retrocederse en su aplicación. (33) “Es decir que una vez que al ratificar un tratado se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el tema: el Estado queda obligado a continuar reconociendo ese derecho aunque luego denuncie ese tratado...”. (34)

Es importante señalar que por más que el Estado denuncie el tratado o modifique una ley que tenga por objeto la protección de derechos humanos, la regla de la progresividad de los derechos

humanos y la que establece la prohibición de retroceder impiden que una nueva ley, o un nuevo criterio jurisprudencial, aplacen derechos humanos ya reconocidos. Como bien señala Manili, citando al filósofo Pedro Nikken “Desde un punto de vista filosófico, Nikken ha sostenido: ‘La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental’”. (35) Sin perjuicio de lo dicho, algunos autores sostienen que la prohibición es relativa y no absoluta, siendo admisible que en algunos casos se deje sin efecto el derecho anteriormente establecido. (36)

La regla de progresividad implica que los derechos que gradualmente se fueron ganando no pueden retroceder sin que exista un motivo que justifique el retroceso: “Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la de “no regresividad” o “prohibición de retroceso” , en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los tratados de derechos humanos. Es una garantía de carácter sustantivo que tiende a proteger el contenido de los derechos y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora”. (37)

Algunos autores nacionales prestigiosos, como es el caso de Osvaldo Gozaíni, entienden que la regla de progresividad ha instalado en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo sistema de interpretación del Derecho en el cual la primacía estará dada por el beneficio a la persona y la satisfacción de sus derechos; esto significa, a nuestro modo de ver, que la progresividad del derecho es una noción complementaria de la regla pro homine. (38)

Veamos un ejemplo de progresividad y no regresividad. Para ello, analicemos, a la luz de estos principios, la sempiterna disputa sobre la prescripción en materia de seguros.

Siguiendo la pureza de las reglas que examinamos, si ya estaba aceptado legal y jurisprudencialmente que los Derechos del consumidor prescribían a los 3 años, por más que el art. 50 de la LDC haya sido modificado por la Ley 26.994, ello no implica que luego de la modificación, y ante el silencio de la norma reformada, se vaya a aplicar el 58 de Ley de Seguros (Ley 17.418) que establece un plazo de prescripción menor (un año). La regla de la progresividad impide el retroceso que empeore el derecho de los usuarios y, por tanto, deberá aplicarse el término de prescripción establecido en el art. 2560 del CCyC que es de 5 años u otro mayor o igual al de tres años.

En este punto sí estamos completamente de acuerdo con Sobrino cuando sostiene que “Por un lado, señalamos que la pretendida reducción del plazo de prescripción, es derechamente ilegal, dado que conculca expresamente el art. 75, inciso 22 de la Carta Magna. Ello es así, por una sencilla aplicación del control de convencionalidad), dado que violaría en forma evidente el principio de no regresión... Tratando de ser lo más sintéticos posible es que partimos de los fundamentos del propio Código Civil y Comercial, donde se señala que se fija "...un plazo de prescripción genérico...", de forma tal que se regula "...intentando una unificación..." de los términos de prescripción”. (39)

La interpretación de las situaciones dudosas en favor del consumidor (art.3 de la LDC y 1094 del CCyC), sumada a la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos del consumidor (art. 26 de la CADH) determina que, luego de modificado el art. 50 de la LDC, sea aplicable el art. 2560 que establece un plazo de prescripción genérico de 5 años. (40)

En un fallo reciente, dictado por un tribunal de alzada de la provincia de Mendoza se resolvió utilizando los principios que estamos examinando. En esa ocasión se dijo: “La acción para reclamar los daños derivados del incumplimiento del contrato de seguro prescribe a los tres años por aplicación del art. 2561 del Código Civil y

Comercial, pues si antes de la modificación del art. 50 de la ley 24.240, la jurisprudencia de la Corte local —Provincia de Mendoza— entendía que se aplicaba el plazo trienal de la ley consumeril, cabe mantener la misma solución aplicando aquella norma, pues sostener lo contrario implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y contraría el principio pro homine y pro consumidor”. (41)

Antes de terminar, es preciso volver a aclarar que la aplicación de la regla de progresividad de los derechos humanos que compartimos con entusiasmo, pero sin dogmatismos, requiere una cierta identidad entre los DDHH y los derechos básicos del consumidor. Sin embargo, esa identidad no es admitida en forma pacífica en la doctrina.

Son muchos los autores que con buenos argumentos señalan que no es posible ni conveniente confundir a los derechos humanos con los derechos de los consumidores. Ambas disciplinas tratan cuestiones distintas, por más que el acto de consumo sea una tarea humana básica que, en muchos casos, está relacionada con el acceso a bienes y servicios indispensables para la realización de una vida digna.

Empero, ello no permite concluir que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos se refieran, directamente, a las relaciones de consumo. Sostener esa identidad entre los derechos humanos y los del consumo implicaría, según pensamos, una banalización de los DDHH.

No es bueno confundir una herida humanitaria con la tensión, típicamente burguesa, que se dirime en las sociedades de consumo modernas. Los tratados internacionales constitucionalizados apuntan, sin dudas, a superar escenarios desgarradores desde el punto de vista humano mientras que los derechos del consumidor buscan equilibrar las relaciones entre proveedores codiciosos y consumidores más o menos acomodados.

José Sahián señala con precisión que “Ahora bien, Sozzo no admite lisa y llanamente que los derechos de los consumidores contengan una naturaleza que los instituya conceptualmente como una especie de derechos humanos, sino que, a partir de la consagración de una serie de normas de diferente rango que se funden en la idea de dignidad y la proliferación de sentencias judiciales que se apoyan en el derecho del consumidor al trato digno, aproximan el derecho del consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos (de segunda generación, especialmente)”. (42)

c) La constitucionalización del Derecho Civil

i) Presentación. Por alguna razón que ignoramos, al salir de la universidad, dejamos de pensar al derecho en términos de dilemas o conflictos constitucionales para dirigir nuestro pensamiento crítico hacia cuestiones más mundanas como las relaciones laborales, o las de consumo, o la responsabilidad objetiva, y, sobre todo, las estrategias procesales y los caprichosos plazos de un procedimiento.

Estamos acostumbrados a este divorcio entre el conflicto constitucional y la cotidianidad del operador jurídico. El profesional de la abogacía, categoría que también incluye a los magistrados y funcionarios del poder judicial, no tiene el hábito de vincular el Derecho privado con el Derecho público.

En muchos sentidos nuestros juristas, magistrados y abogados reposan - exageradamente a nuestro ver - sobre la forma procesal evitando la profundidad sustantiva del derecho. Se olvidan, en algunos casos por simple olvido y en otros por grave ignorancia, que la equidad está en el derecho sustantivo y no en el rito procesal. Sin embargo, es preciso recordar que la regla procesal siempre será operativa y subordinada a los principios esenciales del Derecho.

Ahora bien, cuando el exceso de procesalismo lo comete el abogado, la cuestión puede ser vista como una adecuada estrategia

procesal útil para los intereses que defiende. De hecho, en eso consiste el trabajoabogadil. Empero, si quien cae en el exceso ritual es el juez, el resultado es desastroso para el servicio de administración de justicia que la Constitución Nacional puso en sus manos.

Los magistrados, a nuestro modo de ver esta delicada cuestión, tienen que pensar en términos de equidad y no como articuladores técnicos de un código de formas. El debido proceso, al que muchos operadores se adhieren en forma más frenética que racional, no puede convertirse en la excusa para justificar una sentencia indebida. Como bien dice Mabel De los Santos, el debido proceso está más relacionado con las decisiones justas que con la rigidez de las formas. (43)

Lorenzetti, a nuestro ver acertadamente, advierte que “La Constitución Nacional ha sido una fuente normativa muy poco utilizada por el Derecho Privado, durante un largo período histórico. Los autores civilistas y, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil no sentían la necesidad de fundar las instituciones en la Constitución, ya que les bastaba con el Código Civil. Esta tendencia sólo cambió cuando ya estaba muy avanzado el siglo XX, en las últimas dos décadas, en que se comenzó a tratar de vincular las reglas del derecho privado con la Constitución Nacional”. (44)

Esa tendencia, sin embargo, debe ser revertida porque el Derecho, desde cualquier ángulo que se lo examine, es un entramado normativo que comienza en la Constitución Nacional.

Para Mabel de los Santos, con criterio que compartimos: “En la presentación del Código Civil y Comercial de la Nación se destacó que el texto consagraba una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Se señaló allí que, por primera vez, se establecía en la ley sustancial una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema. Como se verá, la

constitucionalización del derecho conduce necesariamente a la unificación del derecho pues establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”. (45)

La idea que se percibe en el Código Civil y Comercial es la que destaca la citada autora: la comunidad de principios que vinculan a la Constitución con el Derecho privado.

ii) La evolución del Código Civil y Comercial. Es innegable que el Código vigente desde agosto de 2015 inaugura una etapa en donde la frontera entre el Derecho público y privado es cada vez menos clara y se percibe un fuerte avance del derecho público en sectores que poco tiempo atrás eran dominio exclusivo y excluyente del Derecho privado.

Nuevamente coincidimos con Lorenzetti cuando señala que “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”. (46)

Esta reflexión nos vuelve a la idea que fuimos repitiendo a lo largo de este breve ensayo: los derechos que tutelan a partes débiles de las partes fuertes están vinculados con los Derechos humanos y,

por lo tanto, se benefician con el régimen protectorio supralegal que vimos en el antecedente.

El art. 1 del CCyC, al establecer las fuentes del derecho, inaugura lo que Gargarella denominó ‘la causa constitucional de los derechos humanos’ y con ello subordina a toda la legislación local al régimen protectorio supralegal. Veamos la norma y prestemos atención a su detallada lectura:

“Art.1 CCyC- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

El art. 1 dispone, en última instancia, que el derecho privado tiene como fuente directa a la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. El tema tiene cierta trascendencia porque, como vimos antes, los tratados internacionales tienen primacía sobre las leyes ordinarias del sistema legal nacional. (47) Esto significa, como bien dice Lorenzetti que “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero, además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”. (48)

Hay un ida y vuelta permanente entre el Código Civil y Comercial y la Constitución Nacional. Pareciera que ambos bloques legales establecieran los mismos principios sin importarles que la

reiteración es superflua porque, ciertamente, no tiene rigor lógico la remisión de un Código de fondo hacia una Constitución porque la remisión está implícita; más aún, ella es una condición que subordina la misma existencia del código remitente. Dicho de otro modo: sería imposible la existencia de un Código que no estuviera lógicamente vinculado con la Constitución Nacional. (49)

Sin perjuicio de lo dicho, que hace a la estructura lógica de un sistema normativo jerárquico, pensamos que la repetición tiene fuerza doctrinaria porque nos acostumbra a pensar en un derecho privado más cercano a la Constitución Nacional y en una Constitución más próxima al negocio jurídico que diariamente concretan las personas. En ese sentido, es colorida y acertada la reflexión de Sobrino cuando dice: “El art. 1º del Código Civil y Comercial, es casi como un oxímoron que, de manera innecesariamente imprescindible, dentro del título de Fuentes y Aplicación determina que la interpretación debe realizarse conforme a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”. (50)

En sentido similar, Lidia Garrido sostiene que “Al elegir abordar la temática del derecho de los contratos desde la visión de la perspectiva constitucional, abarcando con ello los derechos humanos, ya estamos evidenciando la toma de posición frente al tema de reconocer la existencia de vasos comunicantes entre las disposiciones del derecho civil y comercial y los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna”. (51)

El art. 2 del CCyC cierra el círculo de la ‘causa constitucional de los derechos humanos’ al establecer una regla hermenéutica que no deja margen para incertidumbres (52) :

“Art 2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

La norma postula que los jueces al dictar sentencia deberán hacer un control de constitucionalidad y al mismo tiempo un control de convencionalidad para evitar colisiones con los tratados que gozan de la supremacía constitucional establecida en el art. 75, inc. 22 de la CN. Como bien dice Daniel Sabsay: “En convergencia con el control de constitucionalidad de normas... los jueces deben efectuar el control de convencionalidad a la luz de las modalidades de protección consagradas en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. (...) De esta manera, nuestro Máximo Tribunal ha dejado de ser supremo en relación con la aplicación de la normativa sobre derechos humanos contenida en dicha convención. Como hemos visto en el primer acápite, esa evolución da comienzo con el caso "Ekmekdjián" en 1992, para luego confirmarse en otras decisiones de la Corte y en particular con la reforma constitucional”. (53)

A modo de conclusión podemos afirmar que esta constitucionalización del derecho privado, plasmada en los arts. 1 y 2 del CCyC tiene derivaciones de suma importancia para nuestro sistema legal. La primera es que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y mayor tutela en nuestro ordenamiento. Esto determina que cualquier conflicto legal entre normas internas del ordenamiento jurídico deberá ser resuelto en favor de la que conceda más y mejores derechos para la persona pro homine.

Esta situación puede darse en casos muy diversos, pero, muy frecuentemente, se repiten conflictos normativos entre la ley de defensa del consumidor y la ley de seguros.

Nosotros pensamos que, a partir de la constitucionalización del derecho privado propuesta en el Código Civil y Comercial vigente, esa discusión quedó absolutamente zanjada en favor de los derechos del consumidor. Y nuevamente acierta Sobrino cuando señala que “Pero, con el dictado de la Ley 26.994 queda claro, que en el ámbito de los Consumidores existe una columna vertebral integrada de la

Constitución Nacional, los Tratados Internacionales; la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial, que conforman un sistema legal protectorio de los consumidores... Así, entonces, para que no exista ningún tipo de duda, es que en los Fundamentos se señala que ninguna ley especial (como podría sostenerse respecto de la Ley de Seguros)... puede derogar esos pisos mínimos sin afectar el sistema". (54)

Ahora solo resta aguardar que la Corte Suprema de la Nación y los tribunales de menor grado, pero mayor injerencia concreta en estos temas, tomen debida nota del cambio. Es momento de dejar de proclamar cambios emblemáticos y principios progresistas para empezar a ejercerlos sin excusas ni atenuantes. Es hora, como sostiene Mabel De los Santos, de que los jueces abandonen la pasividad de los árbitros y asuman un rol más protagónico en los asuntos que resuelven. (55)

d) Terminaciones.

La extensión y densidad de los tópicos desarrollados en este capítulo aconsejan concluirlo resaltando las conclusiones más destacadas.

1. El art. 3 de la LDC y el 1094 del CCyC establecen una de las reglas más importantes para esta rama del derecho. Se trata del principio *in dubio pro consumidor* que establece que las situaciones dudosas serán resueltas aplicando el criterio más favorable al consumidor o usuario.

2. Estos textos se apartan de los principios generales sobre la interpretación de los contratos prevista en los arts. 1061 a 1068 CCyC. En particular, se deja de lado lo dispuesto en el art. 1061 del CCyC que establece que los acuerdos deben interpretarse conforme la voluntad de las partes. Cuando se trata de relaciones de consumo, prevalece la conveniencia del usuario consumidor sobre la intención real o presunta de la parte.

3. Entre los derechos del consumidor y los derechos humanos existe una relación de parentesco y similitud que, sin embargo, no debe confundirse con identidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, tienen supremacía constitucional y prevalecen sobre las leyes ordinarias, generales o especiales, de nuestro sistema legal. Sin embargo, eso no alcanza para sostener que dichos tratados, de capital importancia para la humanidad, tengan con los derechos del consumidor algo más que una relación indirecta.

4. El problema de las relaciones de consumo tiene raíces macroeconómicas que superan las cuestiones jurídicas y los dilemas constitucionales. Argentina es un país pobre y subdesarrollado dentro de una región que vive azotada por la pobreza estructural. Ese contexto determina que sea prácticamente imposible mejorar el desarrollo de las relaciones de consumo.

5. El principio *pro homine* es aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, debe elegirse la que ofrezca una mayor protección a la persona humana.

6. Los arts. 1 y 2 del CCyC han incorporado a nuestro sistema legal la regla *pro homine*. Esto significa que, a partir de agosto de 2015, es una regla hermenéutica expresamente incluida en nuestro derecho positivo vigente.

7. El principio *pro homine* tiene una doble función en nuestro sistema normativo. En primer lugar, establece una jerarquía de aplicabilidad legal que determina que, en caso de eventuales colisiones normativas, será aplicable la ley que resulte más conveniente para la víctima y sus derechos. En segundo lugar, establece una jerarquía interpretativa porque en caso de dudas o inconsistencias siempre prevalecerá el criterio más favorable para la persona y para la validez de su derecho.

8. La regla pro homine tiene jerarquía constitucional porque está expresamente establecida en el art. 29 de la CADH, (Ley 25.054) que ordena que ninguna disposición emitida por los Estados miembros puede suprimir o limitar derechos o libertades.

9. Las reglas de progresividad y de no regresividad son los dos principios, de origen y arraigo en los derechos humanos, que más beneficios pueden reportarles a los derechos del consumidor.

10. Es innegable que el Código Civil y Comercial ha inaugurado una etapa en donde la frontera entre el Derecho público y privado es cada vez menos clara y se percibe un fuerte avance del derecho público en sectores que poco tiempo atrás eran dominio exclusivo y excluyente del Derecho privado.

11. La constitucionalización del derecho privado, plasmada en los arts. 1 y 2 del CCyC, tiene derivaciones de suma importancia para nuestro sistema legal. La primera es que los derechos humanos, en sentido genérico y los derechos del consumidor en sentido particular, tienen mayor jerarquía y mayor tutela en nuestro ordenamiento.

12. Esto determina que cualquier conflicto legal entre una norma que regula sobre esos derechos humanos con otra norma, general o especial, deberá ser resuelto en favor de la norma que conceda más y mejores derechos a la persona afectada.

Referencias Bibliográficas

(1) “Art. 3 LDC. Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de

los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”

(2) “Art. 1094 CCyC. Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.”

(3) “Art. 1061. Intención común. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.”

(4) Ricardo L. Lorenzetti. Consumidores..., pg. 49.

(5) Flores, Lorena Romina el Giménez, Mareelino Osvaldo s/ daños y perjuicios, CSJ, 6-06-2017, 678/2013 (49-F) /CSL.

(6) Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho Considerando 9: “Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos” (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).

Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios, CSJ, 8-04-2014, B. 915. XLVII. Recurso de hecho Considerando 12: “Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro” (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther cl

Vallejos, Hugo Manuel y otros si daños y perjuicios”, fallada el 9 de diciembre de 2009).

(7) Díaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte), Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 12/06/2018, La Ley, 27/06/2018, La Ley 2018-C, 473, Cita Online: AR/JUR/22795/2018.

(8) Ver: Shina, Fernando, El Caso Buffoni. La resucitación de la Autonomía de la Voluntad. La regresión de la Corte Suprema. Del milagro bíblico al anacronismo jurídico, Buenos Aires, elDial, 5 -09-2016, Citar: DC1D77; y Shina, Fernando, Los estados regresivos y la neurosis jurídica. La Corte Suprema y la regresión judicial, Buenos Aires, elDial, 3/11/2017, DC2431.

(9) Pocas cosas nos resultan más atrasadas y contrarias al régimen republicano que la identidad entre las personas que redactan las leyes y las que, finalmente, deben interpretarlas para declararlas fieles o infieles a la Constitución Nacional. Nuestro subdesarrollo, lamentablemente, es sistémico y abarca todos los estamentos de la sociedad. Nos llevará décadas revertir esta penosa situación de debilidad institucional.

(10) “En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable” (Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 318).

(11) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

(12) “Anticipando nuestra postulación de un pensamiento favorable hacia una aproximación teórica y normativa de los derechos de los consumidores y los derechos humanos, no podemos dejar de advertir la dificultad que entraña la tipificación, como derechos humanos, de muchos de los valores que procuran tutelarse en el derecho de los consumidores. No podemos desconocer que una exagerada amplitud de los derechos humanos podría, en vez de fortalecerlos, debilitarlos. La admisión imprudente de nuevos derechos, con esa categoría, podría crear un clima perjudicial en términos de valor y vigencia de los derechos humanos existentes. Por lo tanto, la proclamación de nuevos derechos humanos, sólo puede justificarse cuando la necesidad sea suficientemente importante y cuando la probabilidad de aceptación por parte de la comunidad internacional sea intensa” (Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

(13) <https://www.un.org/development/desa/es/news/social/international-day-address-poverty.html>, fecha de captura, 18-07-2018.

(14) Art. 75 CN: “Corresponde al Congreso: ... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del

Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

(15) “En segundo lugar, las nuevas Constituciones abrazaron de modo muy decisivo un compromiso con los derechos humanos. La causa constitucional de los derechos humanos es de enorme importancia porque expresa la reconciliación de partes significativas de la intelectualidad latinoamericana con las "listas de derechos" que habían despreciado durante décadas -muchas veces, por razones ideológicas vinculadas con resabios del viejo marxismo. Fundamentalmente, luego de la crudelísima oleada de dictaduras que azolaron a la región en los años 70, comenzó a reconocerse en los ámbitos más diversos la necesidad de dar una protección amplia y efectiva a derechos humanos básicos... En la actualidad, otorgan estatus constitucional o supralegal a los tratados de derechos humanos: Argentina art. 75 inc. 22; Bolivia art. 256; Brasil art.5; Colombia art.93; Costa Rica art.7; Ecuador art. 417; El Salvador art. 144; Guatemala art. 46; Honduras art.18; Paraguay art. 141; Perú art. 56; República Dominicana art.74; Venezuela art.23” (Dulitzky 1998; Rossi & Filippini 2010).

Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

(16) “Inmediatamente después de la recuperación de la democracia...el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso Nacional los proyectos de aprobación de la mayoría de los tratados internacionales... El Congreso trató la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica)... La ley resultante, la 23.054, fue promulgada...” (Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T° 5, p. 84).

Nota del Autor: La ley 23.054 fue publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1984.

(17) Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T° 5, p. 44.

(18) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...T° I, p.23.

(19) Manili, Pablo L, El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte a veinte años de la reforma constitucional, en: SJA 20/08/2014, 20/08/2014, 110, Cita Online: AP/DOC/1104/2014.

(20) Ábalos, María Gabriela, Los tratados como fuentes del Código Civil y Comercial y los dilemas que plantea el control de convencionalidad, en: RCCyC 2016 (agosto), 17/08/2016, 21, Cita Online: AR/DOC/2303/2016.

(21) “Lo primero que hay que analizar cuando nos toca examinar una confrontación normativa es la cercanía que cada texto legal tiene con la Constitución Nacional. Un ejemplo actual y repetido se da cuando la ley de defensa del consumidor (n° 24.240) choca con la ley de seguros (n° 17.418). Esa puja, pensamos, debe ser resuelta en favor de la ley de los consumidores. En otro trabajo dijimos: Pero debe quedar en claro que, en caso de colisión verdadera, la preeminencia le corresponde a la ley 24.240. En primer lugar, porque es la solución expresamente prevista en el art. 3 de la LDC... En segundo lugar, conforme lo dispone el art. 42 de la Const. nacional, las relaciones de consumo tienen un privilegio constitucional del que no gozan otras actividades. Las leyes que regulan derechos constitucionales, en principio, prevalecen sobre aquellas que regulan derechos ordinarios. La cercanía de la ley de defensa de los consumidores con la Constitución Nacional es lo que determina su mayor jerarquía; y la condición de orden público prescripta en el art. 65 LDC, enfatiza ese rango privilegiado dentro del ordenamiento. Cuando dos normas concursan, y solo una de ellas es de orden público y tiene por objeto derechos constitucionales, no es dudoso determinar que triunfará en el enfrentamiento” (Shina, Fernando, La ley de defensa del consumidor v. la ley de seguros. El insustancial diálogo de fuentes y

los empates jerárquicos. La solución constitucional, Buenos Aires, Diario DPI, n° 115, 2 de mayo de 2017).

(22) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017.

(23) “Cabe insistir que no se registra jurisprudencia directa de la Corte IDH ni del TEDH direccionada a la protección explícita de los derechos de los consumidores así considerados. La apuntada ausencia de labor pretoriana, en pos de la tutela "consumerista" —en los máximos organismos americano y europeo de resguardo de los derechos humanos— es forzosa consecuencia de la aludida falta de convenciones expresas sobre derechos de los consumidores” (Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

(24) Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

(25) “Artículo 25. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

(26) Diario Infobae, 5 de junio de 2015, <https://www.infobae.com/2015/06/05/1733496-informe-deficit-habitacional-la-argentina/>, fecha de captura: 22-07-2018.

(27) Fuente: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/12/aumenta-la-pobreza-en-america-latina-revela-comision-economica-para-america-latina-y-caribe/>, fecha de captura: 22-07-2018

(28) Gargarella, Roberto, Constituciones con "dos almas". Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano, Suplemento

Const., 2015, (agosto), 11/08/2015, 31 - LA LEY2015-D, 954, Cita Online: AR/DOC/2304/2015.

(29) Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T° 5, p. 92 y 93-

(30) Sagües, Néstor P., en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 38.

(31) Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 95.

(32) “Artículo 29. Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella ;b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, yd) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

(33) “Este principio ha sido definido como la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana una vez que el Estado así lo ha hecho en un instrumento internacional” (Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 90).

(34) Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 90.

(35) Manili, Pablo., en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., T° 5, p. 90.

(36) “A priori, la derogación o reducción de derechos vigentes contradice el compromiso estatal asumido al suscribir los tratados de derechos humanos. Es que, la no regresividad está implícita en los pactos de derechos humanos como deber negativo inherente a las obligaciones positivas que acompañan a los derechos fundamentales. Cualquier medida regresiva requerirá la más cuidadosa consideración y

deberá ser justificada rigurosamente. Pero aún bajo un estricto escrutinio, no todo retroceso es necesaria y objetivamente ilegítimo, ya que pueden mediar causales políticas o legislativas de justificación de la reforma, en principio, restrictiva” (Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

(37) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

(38) “La conclusión llega del principio de progresividad de los derechos humanos que ha modificado el sistema de interpretación del Derecho dando lugar a una regla preferente: pro homine, que significa que, cada Estado Parte, asume el compromiso de respetar los derechos y deberes habidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y garantizar su pleno ejercicio, acatando en situaciones de conflicto interno, la jurisprudencia interpretativa que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., Tº 2, p. 385).

(39) Sobrino, Waldo Augusto, 3 de julio de 2017, www.saij.gov.ar, Id SAIJ: DACF170276.

(40) Asimismo, es del caso señalar que esta construcción, que alude a la progresividad de los derechos humanos complementada con la prohibición de regresividad, tiene apoyo normativo en el art. 26 de la CADH.

“Artículo 26. Desarrollo progresivo Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

(41) GONZALEZ, Encarnación Rosaura vs. PARANA Seguros S.A. s/ daños y perjuicios, Cámara 2a de Apelac. Civ. Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 13/04/2018, LA LEY 02/07/2018, 02/07/2018, 9, Cita Online: AR/JUR/18309/2018.

(42) Sahián, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, Buenos Aires, La Ley, 26/12/2017, Cita Online: AR/DOC/3067/2017).

(43) “Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. La justicia de la decisión depende de la concurrencia conjunta y necesaria de las siguientes condiciones: a. que la decisión sea el resultado de un proceso justo, en el que se hayan respetado las garantías procesales, b. que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues no puede ser considerada justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho y c. que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos” (De los Santos, Mabel, El debido proceso ante los nuevos paradigmas, Buenos Aires, La Ley 2012-B, 1062).

(44) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamento constitucional de la reparación de los daños, Buenos Aires, La Ley, 01-01-207, Citar online: AR/DOC/9055/2001.

(45) De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 15/11/2017, Cita Online: AR/DOC/2684/2017.

(46) Lorenzetti, Ricardo Luis, Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 23-04-2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

(47) En este punto conviene aclarar nuevamente que la primacía no deviene del simple hecho de tratarse de un acuerdo internacional, porque no todos los tratados en los que el Estado Argentino es parte alcanzan esa jerarquía supralegal en nuestro ordenamiento.

Únicamente logran ese escalafón, como bien señala Gozaíni, los acuerdos internacionales que versan sobre Derechos Humanos: “Obsérvese que no decimos supremacía de las normas constitucionales sino de aquellas que están en un escalón más arriba, es decir, las normas fundamentales sobre derechos humanos”. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, en Sabsay – Manili, Constitución de la Nación Argentina..., Tº 2, p. 387).

(48) Lorenzetti, Ricardo Luis, Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley, 23-04-2012, Citar online: AR/DOC/1931/2012.

(49) En sentido similar, Juan Formaro sostiene que “La referencia a la Constitución Nacional es innecesaria. La supremacía constitucional está claramente establecida en el art. 31 de la CN y aunque no figurara en el Código Civil la cláusula ‘conforme a la Constitución Nacional’, es obvio que las leyes para ser válidas en el ordenamiento jurídico argentino deben ser conformes a la norma suprema”. (Bueres, Alberto J, (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Hammurabi, 2014, T1 A, p. 46).

(50) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...Tº I, p.19.

(51) Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018.

(52) “El art. 2º incorpora entre los elementos a tener en cuenta en la interpretación del derecho, lo dispuesto por los tratados de derechos humanos. La referencia es coincidente con lo establecido con el art. 1º y con la ubicación que la reforma constitucional de 1994 reconoció a estos tratados en el ordenamiento jurídico argentino, incorporando algunos de ellos con rango constitucional” (art. 75, inc. 22). (Rubio Ferreira, Delia enBueres, Alberto J, (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T1 A, p. 51.

(53) Sabsay, Daniel, El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad, LA LEY 28/03/2013, 28/03/2013, 1 - LA LEY2013-B, 944, Cita Online: AR/DOC/1197/2013.

(54) Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial...Tº I, p. 10 y 11.

(55) “Esa nueva manera de concebir el derecho genera una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución y los tratados internacionales, otras leyes aplicables, jurisprudencia, usos y costumbre, de modo que quien aplica la ley debe interpretar el conjunto normativo y explicitar fundadamente cómo llega a la solución del caso en análisis. También, en cuanto al rol del juez, se deja definitivamente de lado el modelo de juez árbitro, propio del sistema adversarial, y se lo sustituye por el denominado activismo judicial”. (De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 15/11/2017, Cita Online: AR/DOC/2684/2017).

Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad

por Fernando E. Shina

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF180271

[Consultado el: 15/03/2022]

I. Definiendo y describiendo la responsabilidad en la ciencia jurídica.

Vamos a empezar a desarrollar el concepto de responsabilidad a partir de una definición más o menos clásica para luego ir viendo las particularidades y pormenores de uno de los conceptos más trascendentes del derecho.

En su obra conjunta, Pizarro y Vallespinos se refieren a la responsabilidad como ... el sistema de normas y principios que regula la prevención y reparación del daño injusto (1).

Esta escueta definición nos permite ver que la responsabilidad tiene una vinculación inescindible con otro concepto: el daño injusto. En efecto, la teoría general de la responsabilidad tiene dos objetivos primordiales. Uno, reparar el daño injusto, injustamente padecido por un sujeto al que llamaremos 'víctima'. El otro, que ciertamente es más importante consiste en prevenir los daños para evitar que ocurran.

Es que, si el sistema (es decir, el Estado) no actúa sobre la prevención de los daños y no crea mecanismos para obligar que ellos sean prevenidos y evitados, indirectamente estará tolerando que vuelvan a ocurrir. Así, no resulta difícil pronosticar que la situación dañosa ocurrirá tantas veces como el agente dañador pueda pagar su indemnización consolidándose, de esta manera, un sistema

caracterizado por la insuficiencia individual de las indemnizaciones y por su escaso valor en términos sociales.

El verdadero desafío del sistema legal consiste en evitar que los daños ocurran; y si es inevitable que sucedan debe impedir que se repitan tan asiduamente. Esta tarea supera ampliamente a los sistemas indemnizatorios tradicionales cuyo anacronismo favoreció que los daños se extiendan en lugar de retroceder. Ello ocurre por una razón bastante sencilla de comprender: es mucho más económico pagar una indemnización que invertir en mecanismos preventivos del daño. Dicho en otras palabras: es más barato indemnizar a una víctima que hacer más seguro un producto.

Cuando las reglas de la economía prevalecen sobre los principios del derecho y la seguridad jurídica sobre la equidad, la noción misma de Derecho desvanece.

Fernando Ubiría, hablando específicamente de prevención de daño y su vinculación con el principio *alterum non laedere*, señala que si el sistema no obliga a prevenir los daños indirectamente los tolera, idea que resulta inaceptable en términos de equidad e incompatible con un sistema normativo que se precie de ser justo (2).

II. Las reglas económicas implicadas en la teoría general de la responsabilidad.

Al presentar los principios más esenciales y genéricos de la teoría general de la responsabilidad, debemos reconocer que poco o nada hemos dicho que no se supiera. Pues no resulta difícil entender que quien padece un daño injusto tiene derecho a requerir, de quien se lo ocasionó, el resarcimiento legal correspondiente. Y tampoco es complejo entender que un sistema legal debe tener por finalidad prevenir que los daños ocurran o se repitan. Hay, sin embargo, mucho más que eso en la teoría general de la responsabilidad.

Para nosotros, la responsabilidad es, además de lo dicho, un mecanismo jurídico mediante el cual se permite una transferencia de tipo económico entre el patrimonio de un sujeto llamado agente dañador y el patrimonio de otro sujeto llamado víctima.

Veamos esto un poco más detenidamente. Un hecho dañoso, de cualquier naturaleza que sea, provoca un perjuicio económico que, como tal, puede ser tasado o calculado en valores dinerarios. Por ejemplo, si el daño consistió en un accidente habrá que analizar si hubo daños patrimoniales, físicos, morales, etc., siendo lo más probable que dicho accidente sea causa eficiente de todos esos daños. Luego, y aún con algunas dificultades, ese daño injustamente provocado por el agente dañador e injustamente padecido por la víctima puede ser tasado para calcularse cuál será la suma de dinero necesaria para compensarlo. Si no existiera ese mecanismo transferencial que describimos en el párrafo de arriba, todos los efectos económicos del daño injusto deberían ser soportados por el patrimonio de la propia víctima que lo padeció.

Esto nos permite sostener que la teoría general de la responsabilidad es una creación jurídica que permite que las consecuencias de un daño injusto no sean soportadas por el sujeto que las sufre (víctima) sino por quien las causa (agente dañador).

Para que esa transferencia ocurra se establece que, bajo determinadas circunstancias, las consecuencias económicas de un hecho dañoso sean soportadas por quien ocasionó el daño y no por quien lo padece.

Como corolario de esta transferencia patrimonial entre dos sujetos que hemos descrito, es posible y hasta podría decirse que es inevitable, pensar a la responsabilidad jurídica como una regla de la economía articulada, para su aplicación en el ámbito del derecho privado, por principios propios de la ciencia jurídica. Esta idea, por supuesto, no es original y ya fue tratada por importantes autores nacionales y extranjeros.

Pizarro y Vallespinos, citando a Díez-Picazo, señalan: Decir que el daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes (3).

Pues bien: en eso consiste la transacción económica involucrada en la teoría general de la responsabilidad.

III. Los factores atributivos de responsabilidad.

Una vez explicado este sistema de raíz jurídica y articulación económica cabe preguntarte: ¿en qué condiciones y bajo qué circunstancias se opera la transferencia patrimonial que describimos antes.

Nos anticipamos a decir que la primera condición es que el daño sea injusto. Esto quiere decir que no haya un motivo legal que lo justifique, porque si ese fuera el caso las consecuencias de ese daño lega' no podrían ser endosadas a ningún otro patrimonio.

Esto significa, hasta donde hemos visto, que la transferencia patrimonial que explicamos requiere dos elementos esenciales: el primero es la existencia del daño que se quiere resarcir. El otro, está dado por la necesidad de que el daño sea injusto, en el sentido de que no haya ningún motivo legal que exima al agente de su obligación resarcitoria respecto del sujeto que ha padecido el daño.

Algunos autores, sin embargo, no hablan de daño injusto, sino de daño injustamente causado. Así, los citados Pizarro y Vallespinos sostienen que: Nosotros pensamos que la responsabilidad por daños plantea en esencia, no sólo una cuestión de injusto padecimiento del daño, sino de injusta causación del mismo, y de la

consiguiente atribución de sus consecuencias a un tercero: el responsable (4).

Sin entrar a considerar en profundidad los pormenores implicados en dividir el daño injusto de la causación injusta, que más adelante esperamos desarrollar con mayor extensión, es posible coincidir en que la teoría general de la responsabilidad requiere, además de la existencia de un daño injusto, de un factor de atribución de responsabilidad, sin el cual no sería factible concretar la transferencia patrimonial implicada en la operación resarcitoria. Es decir, la operación indemnizatoria requiere que la ley autorice el endoso o, mejor dicho, atribuya a un sujeto la obligación de indemnizar a otro (5).

Esta última operación atributiva de responsabilidad, como puede fácilmente advertirlo el lector, es conocida en nuestro sistema normativo como factor atributivo de responsabilidad. Sin atribución de responsabilidad no se pone en marcha el mecanismo legal indemnizatorio. Y ello ocurre porque, como bien señala Matilde Zavala de González, sin factor atributivo no hay designación legal del obligado al pago de la indemnización (6).

La doctrina que venimos examinando se refiere a ella destacando que: Preferimos, por ende, hablar de daño injustamente causado, lo cual supone no sólo que haya un detrimento sufrido por el damnificado de modo arbitrario, en derredor del cual se edifica el andamiaje de la responsabilidad por daños, sino también un responsable a quien se atribuye las consecuencias dañosas que ha causado por su propio obrar, o por el hecho de terceros por los cuales debe responder o por el de las cosas de las que es dueño o guardián (7).

Sin decirlo aún, los autores sostienen que los factores atributivos de responsabilidad son dos. Uno de tipo subjetivo y otro objetivo. El primero, asigna responsabilidad por el hecho propio (dolo o culpa) del agente dañador (8), mientras que el segundo alude a una

atribución de responsabilidad objetiva que no se basa en el obrar del propio agente que responde, sino en acciones de terceros (dependientes del agente pagador) o en el riesgo implícito en las cosas que están bajo su guarda (9).

Para esta concepción, entonces, hay sólo dos factores atributivos de responsabilidad; uno subjetivo y el otro es objetivo. No podemos soslayar que esta teoría tiene un apoyo muy firme en los artículos 1721 y 1722 normas que, expresamente, consagran el doble sistema atributivo de responsabilidad (10).

IV. Hacia un sistema de responsabilidad más abarcativo.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, a lo largo de este trabajo vamos a intentar explicar cómo esta concepción binaria de la responsabilidad ha sido superada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil son, con algunas reticencias, aceptadas por la doctrina. Es fácil advertir el advenimiento de una teoría general de la responsabilidad más orientada a la reparación del daño. Las corrientes escolares vanguardistas empiezan a entender que el daño es una cuestión social que, como tal, requiere una mayor injerencia del Estado tanto para prevenirlo como para exigir su reparación. La responsabilidad civil, que implica la reparación de los daños que cada uno de nosotros puede sufrir en su vida social es, definitivamente, una cuestión de agenda pública y política estatal.

Advertimos con beneplácito una renovada concepción del orden público que procura que la mayor cantidad de daños sean reparados evitando, de esta forma, la injusticia que supone la existencia de víctimas que no accedan a una reparación justa del daño que padecieron. La doctrina explica, acertadamente, que nos encontramos frente de una especie de socialización de los riesgos y una mayor objetivación de la responsabilidad. Los mecanismos de socialización

de los riesgos han estimulado el desarrollo y transformación del derecho de daños, a punto tal que algunos creen ver el paso de una responsabilidad civil individualista a otra más socializada (11).

En sentido similar, pero referido a los daños que más se repiten en las sociedades modernas (accidentes de tránsito), Matilde Zavala de González sostiene que se debe avanzar hacia un sistema de reparación social que, a diferencia de los seguros privados que procuran dejar indemne el patrimonio del asegurado, se ocupen de la reparación integral de la víctimas de dichos accidentes (12).

Nosotros sostenemos que el Estado, a través de la creación de leyes apropiadas debe lograr que la mayor cantidad de daños sean reparados limitando, lo más posible, las eximentes de responsabilidad. O en su caso, buscar soluciones alternativas para que haya menos daños. El daño debe ser entendido no solo como un perjuicio individual sino también social. Zavala de González, con quien volvemos a coincidir, explica que el daño que primeramente recae sobre individuo, termina afectando, indefectiblemente, el funcionamiento de la sociedad (13).

La mayor injerencia del Estado en los negocios jurídicos privados es un fenómeno innegable que, sin embargo, no debe inquietarnos porque esa mayor participación oficial es absolutamente con el ámbito de libertad individual concebido desde la Constitución Nacional. Empero, esa libertad individual, para que no sea paródica, debe ser ajustada a las necesidades actuales de mayor protección de los sujetos más vulnerables del sistema (14).

En ese orden de ideas, no podemos soslayar un tema de gran importancia como es la participación de los jueces en estos procesos de cambio que, reiteramos, son impulsados desde la sociedad hacia el derecho. No nos parece abundante señalar que la mayor intervención legislativa debe ser acompañada por una complementaria actividad judicial. Pensamos que es hora de terminar con los modelos procesales de juez árbitro del pleito, en los cuales el magistrado se

parece más a un umpire que dirige un apacible partido de tenis antes que a un funcionario de la República dotado, por la propia Constitución Nacional, de jurisdicción y competencia. Esos sistemas alientan una exasperante neutralidad del juez a la que llaman garantía del debido proceso y la contraponen con la figura del juez, supuestamente autoritario, que rechazan por ser antidemocrático (15).

El debido proceso es solo aquel que conduce a una sentencia justa; el objeto terminativo del procedimiento es el dictado de una sentencia justa antes que la pureza exagerada de un procedimiento. No hay debido proceso que culmine con una sentencia injusta, ni derecho procesal que prevalezca sobre el Derecho sustantivo. El derecho procesal está, en todos los casos, subordinado al derecho sustantivo de donde parten los principios generales. Mabel De los Santos, entre otros autores señalan esta dicotomía entre debido proceso y sentencia justa (16).

Las divisorias tajantes, sin embargo, nunca aclaran los temas difíciles y casi siempre dejan el debate en un interminable empate que suma más rencores que ideas. Es preciso buscar puntos de equilibrio pues, como bien dice Gustavo Calvino, (autor que está más cerca de los sistemas de menor activismo judicial) deben buscarse líneas de equilibrio entre el intervencionismo judicial autoritario y la neutralidad exasperante y siempre funcional a quien menos necesita la protección del sistema. Así, Calvino dice: Estamos de acuerdo en que el procesalismo debe dar respuestas para los casos urgentes y extremos. Y puede darlas perfectamente sin tener que llegar a extirpar la garantía del proceso. Demostraremos que una cosa no quita a la otra (17).

Para nosotros, es preciso evitar que el procesalismo exagerado -moneda corriente en nuestro sistema procesal - eche por tierra los grandes propósitos del derecho. Porque, como bien dice Mabel De los Santos: De este modo también varía el rol del juez en este nuevo esquema, pues la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el

juzgador cuando la aplica a un caso concreto: "la coherencia es a posteriori, no legislativa, sino judicial" De allí que el nuevo Código contenga numerosas instituciones en las que se confieren potestades al magistrado, a los fines de la interpretación y aplicación de la ley y como sujeto que tiene a su cargo asegurar la operatividad del derecho sustancial (18).

Con relación al llamado exceso rigor formal en los procedimientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado su posición favorable a ser más flexible evitando que un formalismo excesivo termine siendo un obstáculo para lograr el dictado de una sentencia justa (19).

Pero volviendo al tema que estamos examinando, referido al ensanchamiento de la responsabilidad, en el sistema vigente encontramos casos en los que ni siquiera se admite como eximente de obligación de reparar a la ruptura del nexo causal. Veamos esto cuidadosamente.

El art. 1733 CCyC comienza estableciendo que.... Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos... (20).

A nuestro modo de ver este texto legal le abre la puerta a una nueva concepción de la responsabilidad que excede el ámbito objetivo. El enunciado de la norma dispone que, en algunos casos que luego enumera, se va a privar al deudor de la eximente basada en la existencia de un caso fortuito. En otras palabras, pensamos que el Código Civil y Comercial contempla en el art. 1733 supuestos de responsabilidad absoluta. Sin llegar a ese punto extremo, importante doctrina señala la importancia de esta norma destinada, a nuestro modo de ver, a producir grandes cambios en la teoría general de la responsabilidad.

Sebastián Picasso, con quien no coincidimos en el tratamiento que hace del art. 1733 CCyC (21), admite que la norma trae novedades

de importancia relacionadas al tratamiento de los riesgos por desarrollo, tema sobre el que nosotros volveremos en los capítulos venideros (22).

Y, algo parecido puede señalarse con relación al art. 1757 en tanto esta norma establece que: Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención En el caso del art. 1757, si bien la norma señala que existe una responsabilidad objetiva y que por la tanto están disponibles las eximentes causales, se restringe la posible exoneración porque no se permite que deudor alegue haber actuado conforme lo disponían las resoluciones administrativas específicas. Tampoco se admite, como eximente, invocar haber tomado todos los recaudos preventivos necesarios para evitar el daño. En estos supuestos, el ordenamiento jurídico parece alejarse del sistema de responsabilidad civil y acercarse a un método de seguridad social o de amortización colectiva del daño. Pizarro y Vallespinos describen a este fenómeno como 'socialización del derecho de daños'(23).

Matilde Zavala de González le agrega a este planteo solidarista de la reparación de daños, que compartimos en líneas generales, un sistema de acciones de regreso que permite, a quien se encargó de indemnizar a la víctima perseguir, por vía de la repetición de lo pagado, al 'verdadero' dañador; es decir, a quien le correspondía hacerse cargo del daño injusto padecido por la víctima. De esta forma, se hace compatible un método de solidaridad social con otro que impute a quien corresponda las consecuencias de un daño injusto (24).

En pocas palabras: ni el obrar lícito del deudor, ni sus esfuerzos diligentes y preventivos para evitar el daño lo liberan de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1757 del CCyC.

Este tipo de casos, donde hay un obrar lícito que no exime de responsabilidad se dan, con bastante frecuencia, en el ámbito de la farmacología cuando, por ejemplo, al salir a la venta un remedio se desconoce que posee uno o varios efectos adversos. Este desconocimiento hace que las autoridades federales autoricen su venta al público; empero, si luego llega a descubrirse que el remedio es nocivo, el laboratorio no podrá excusarse invocando que la venta del fármaco fue autorizada por la agencia oficial de contralor.

Esto nos permite afirmar que la norma que analizamos ajusta un poco los términos de la responsabilidad objetiva al hacer responsable a quien ajustó su obrar a las normativas jurídicas vigentes. En suma: en el actual sistema normativo se acentúa la existencia de supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad. Se trata, como dicen muchos autores nacionales, de supuestos de responsabilidad derivados de hechos lícitos (25).

Más allá de los casos puntuales de la farmacología, el art. 1757 del CCyC asume un rol de suma importancia cuando se examinan los daños que ocurren porque se permitió la entrada en el mercado de un bien o servicio que, al momento de su lanzamiento, se ignoraba su dañinidad. Para nosotros este artículo, que supone una innovación en la teoría general de la responsabilidad, es de suma importancia porque ejerce una potente función preventiva del daño. Ello así porque se concibe una forma de atribución de responsabilidad a conductas que no son antijurídicas y que, por lo tanto, son en principio lícitas.

De esta forma se advierte, como bien señalan Vallespinos y Pizarro, un ensanchamiento de la noción de antijuridicidad, abarcando conductas que no son contrarias a ninguna norma jurídica.

Estamos, sin dudas, asistiendo a una época en donde la antijuridicidad material es más importante que la meramente formal siempre restringida y acotada a la prohibición de vulnerar una norma específica (26). Alcanza, como bien dice, Fernando Ubiría, que se introduzca un riesgo en la sociedad para que se pongan en marcha el sistema de responsabilidad objetiva (27). Finalmente, la ilicitud no se define como una violación normativa, sino como la concreción de un daño injusto. En eso consiste la primacía de la antijuridicidad material sobre la normativa que consagra el Código Civil y Comercial en el art. 1717(28). El art. 1757 es coherente con el principio establecido en ese texto legal porque se concentra en el daño producido sin considerar, siquiera como atenuantes, las prevenciones, obviamente insuficientes, tomadas para evitarlo.

Así, según pensamos, el art. 1757 del CCyC crea un fuerte estímulo para que los proveedores (sobre todo quienes producen productos para la salud) extremen sus investigaciones y recaudos antes de lanzar un nuevo producto al mercado, sabiendo que deberán responder incluso ante la falta de conocimiento real de la potencialidad dañosa del producto que ponen en el mercado (29). Es que, si la responsabilidad es verdaderamente objetiva resulta indiferente que se sepa o se ignore que el producto es dañoso; alcanza con que materialmente lo sea para encender los mecanismos resarcitorios (30).

El sistema exige no dañar injustamente al otro y esa exigencia es tan intensa que no alcanza ajustar la conducta a la norma para eximirse de responsabilidad. La obligación de prevenir los daños en el sistema actual es un imperativo sustancial que no requiere un obrar antijurídico para que la omisión engendre responsabilidad.

Es en ese sentido que volvemos a compartir la opinión de Fernando Ubiría cuando señala que: A tenor de la literalidad del art. 1711, CCyCN, cabe preguntarse si en la dimensión preventiva (y a diferencia de lo dispuesto para la resarcitoria), se exige la comprobación de antijuridicidad. Consideramos que no....En todo

caso, la transgresión normativa...será un dato relevante que podrá dar mayor fuerza, una más clara justificación a la adopción de medidas preventivas.

La norma en comentario incluye otra novedad de importancia: la inclusión de las actividades riesgosas como sustento de la responsabilidad objetiva. De esta manera, el sistema de responsabilidad deja de poner la lupa en los vicios o riesgos de la cosa y detiene la mirada en las actividades riesgosas.

El concepto de actividad riesgosa es, desde luego, más claro y abarcativo que el de cosa riesgosa que, además, subsiste en la norma. En suma, la norma pone en un pie de igualdad, a los efectos de atribuir responsabilidad, que el daño se haya originado en los riesgos de la cosa o en los incorporados a la sociedad por medio de una actividad que es riesgosa en la medida que aumenta la posible ocurrencia de un daño. La norma es, a nuestro ver, muy acertada y la doctrina la recibió con buenos comentarios (31).

V. La causalidad como sostén de toda la teoría general de la responsabilidad.

En el transcurso de las muy amenas reuniones que solía tener con el Profesor Ubiría en su oficina de la Universidad Católica de Buenos Aires, en los días en lo que yo era un doctorando y él el Director de mi tesis doctoral, Fernando solía decir algo que aún recuerdo: "En las ciencias sociales hay tres cuestiones esenciales que nunca deben perderse de vista: Primero, los hechos, segundo los hechos y tercero, los hechos." La anécdota no solamente describe la cordialidad y el humor de esos encuentros académicos, sino que pone sobre el tapete una verdad que, por más que parezca evidente, es harto difícil de descifrar con precisión. Ubiría, desde luego, no sólo hablaba de los hechos, sino también de los hechos que los causan o anteceden. Es decir; hablábamos del inasible fenómeno causal, que como acertadamente dice Luis Horacio Cuervo, es la problemática más ardua del derecho (32).

Es que son los hechos y no las teorías los que nos llevan directamente a la causa que los engendran y sin la cual no existirían en este mundo. En resumen: el fenómeno causal, que describe la génesis de los hechos, es el punto más importante de la ciencia jurídica. Hasta podría decirse, en coincidencia con autores como Silvia Tanzi y Juan M. Papillú, que el dilema de la causalidad es el punto de encuentro más cercano entre la ciencia jurídica y la filosofía (33).

En efecto, alcanza con realizar un superficial estudio etimológico del término 'causa', para caer directamente en el mundo de la filosofía. Ferrater Mora, en su famoso diccionario de filosofía enseña que El término griego, traducido por causa tuvo originariamente un sentido jurídico y significó acusación o imputación (34). Este origen, por más que sea sumamente parcial e incompleto es relevante. Después de todo, la causa, en sentido figurado, acusa a un suceso de ocasionar a otro que, sin esa intervención, no se hubiera manifestado (35).

En el marco teórico más acotado de este trabajo vamos a estudiar a la causa en sentido jurídico. Para ello, será necesario simplificar el abordaje del tópico y centrarnos más en la relación de causalidad que en el fenómeno causal propiamente dicho.

Para el Derecho, la causa es un elemento que vincula, en primer término, a un hecho con sus consecuencias y, en segundo lugar, con la imputación de esas consecuencias. Esto determina que, para el derecho, la relación causal es el elemento más importante en la elaboración de una teoría general de la responsabilidad. Ello así, porque al atribuirle responsabilidad a un sujeto el sistema jurídico realiza, inevitablemente, un 'corte causal' y determina que 'esa causa' y no 'otra causa' fue la determinante del suceso, y que fue ese sujeto y no otro quien debe hacerse cargo de sus consecuencias (36).

Como bien explicaba Llambías, hace ya mucho tiempo, el derecho ajusta el fenómeno causal a una noción de equidad para lo

cual, arbitrariamente, acorta o alarga la secuencia causal para atribuir o eximir de responsabilidad (37).

Como señala Isidoro Goldemberg: La relación de causalidad, en cambio, supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. No interesa ya el substrato psíquico del obrar, sino su repercusión externa. De este modo, puede mediar relación causal adecuada entre el hecho de un inimputable y el daño por él ocasionado...La acción del agente constituye, de conformidad con lo ya expuesto, el factor unificador que aglutina los diversos elementos imbricados en el proceso de imputación: acto-sujeto-consecuencias, que desembocan en el instituto de la responsabilidad civil (38).

Por su parte, Fernando Ubiría, al referirse al fenómeno causal explica que: La relación causal consiste en el enlace material o físico que existe entre un hecho-antecedente (acción u omisión) y un hecho -consecuente (el resultado dañoso). Pero para que un resultado físico determinado -daño- sea imputable a la acción u omisión de un sujeto, según Llambías el derecho corrige o rectifica a la causalidad material según el prisma de la justicia, de lo que nace la causalidad jurídica (39).

A su turno, Vallespinos y Pizarro señalan que, La relación causal vincula jurídicamente, de manera directa, el incumplimiento obligacional o el hecho ilícito aquiliano con el daño, y en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución. En el ámbito preventivo, también permite establecer un vínculo razonable y necesario entre la amenaza de daño y el hecho que la genera. Se trata de resolver si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido (o sea imputado fácticamente) a una persona (40).

Llambías, casi sin prolegómenos, va al punto que vincula las causas materiales con las obligaciones jurídicas. Vale la pena leer este párrafo por más que sea un poco extenso: Para que surja la responsabilidad de alguien sea en área contractual como extracontractual, es menester que exista conexión causal jurídicamente

relevante entre el hecho del que aquél es autor y el daño sufrido por quien pretende su reparación. Ya hemos distinguido la causalidad material de la jurídica...Para apreciar la primera atendemos a las enseñanzas de la filosofía y según ella aceptamos que determinado daño es efecto de determinado acto humano. Pero ello todavía es insuficiente para definir si ese efecto dañoso debe ser reparado por el autor del hecho, que ha sido la causa material del daño, a título de responsabilidad suya. Para concluir en ese sentido es necesario que el derecho haya categorizado esa relación causal como jurídicamente relevante (41).

Si analizamos con más cuidado las tres reflexiones tomadas de los doctrinarios citados, vamos a notar que en todas hay un común denominador que destaca: en el Derecho la causalidad no pretende explicar el insoluble principio que categoriza a la causa como la 'razón suficiente', sino que la ciencia jurídica prioriza la búsqueda de una relación imputativa para atribuirle las consecuencias de ese hecho a un sujeto.

Es por eso que Llambías distingue la causalidad material, cuyo examen más profundo atañe a la filosofía, de la causalidad jurídica que permite concluir que tal o cual hecho dañoso, por ser imputable a tal o cual sujeto, debe ser reparado por éste.

El Derecho examina las causas de un hecho para luego poder imputarle a un sujeto sus consecuencias. Pues bien; en eso consiste la responsabilidad: en atribuir las consecuencias de un hecho a un sujeto. Goldemberg ya había explicado esta relación inseparable que debe existir entre la causalidad y la teoría general de la responsabilidad (42). Esto significa que sin un adecuado tratamiento del fenómeno causal la imputación -que es un fenómeno puramente jurídico - pierde sentido o, peor, se convierte primero en una cuestión discrecional y luego, inevitablemente, arbitraria.

La causa es un fenómeno complejo que requiere pasar el riguroso examen de por qué ocurren los hechos (causa eficiente) y

para qué ocurren (causa final) (43). El resultado de un hecho responde a una cadena de sucesos (fácticos y/o jurídicos) que lo anteceden y que deben ser analizados con detenimiento e inteligencia.

En muchas ocasiones es realmente difícil determinar, en medio de la sucesión continua de hechos (en eso consiste la vida), cuándo uno es causa de otro y no su consecuencia. En el ámbito de la educación escolar, por ejemplo, es muy común decir que los niños se desconcentran y muy poco frecuente decir que las clases son aburridas. Este sencillo ejemplo nos muestra la complejidad del asunto causal. Es posible que el niño sea 'desatento', pero también es posible que el tedio de una clase haya sido la verdadera causa del aburrimiento. Entonces, lo difícil es determinar si el niño tiene dificultades de concentración o si es el docente quien las tiene a la hora de afrontar la difícil tarea de educar. Lo mismo ocurre con los docentes, incluso del nivel universitario que, con gesto de inverosímil frustración, se lamentan del fracaso académico de sus alumnos sin preguntarse si el fiasco no fue, en verdad, más propio que ajeno.

Es muy fácil pensar, erróneamente, que un hecho ocurrió por otro con el que, en verdad, no tiene ninguna conexión causal.

Es por eso que cuando se realiza un análisis causal es muy importante no caer en lo que Daniel Kahneman (44) (Universidad de Princeton, Premio Nobel de economía, 2017) describe como una especie de 'intuición causal'. La causalidad intuitiva, a la que alude Kahneman, es un fenómeno de la conciencia que se pone en funcionamiento automáticamente en nuestra estructura del pensamiento cada vez que analizamos una cadena de hechos. Esta 'intuición causal' hace que realmente lleguemos a pensar que un hecho ocurrió por un antecedente (fáctico o jurídico) que, en verdad, no tiene ninguna conexión verificable con el hecho que analizamos.

Kahneman presenta, a modo de ejemplo de cómo utilizamos la intuición predictiva, una sencilla escena que ocurre en un parque de Nueva York. Este brillante autor nos muestra cómo elaboramos, sin

ninguna evidencia comprobable, verdaderos guiones causales más parecidos a una ficción literaria que a una descripción fáctica idónea para explicar un suceso.

En la escena, el autor describe un paseo por un parque de Nueva York atestado de gente. Al finalizar la caminata, el protagonista advierte que le falta su billetera. El auditorio, integrado por alumnos universitarios, fue interrogado acerca de qué creían que había pasado con la billetera. En su gran mayoría, el auditorio conjeturó como primera hipótesis que un carterista le había robado la cartera al paseante.

El mecanismo de la 'intuición causal' conectó -casi automáticamente- una gran ciudad, una multitud, las posibilidades de que entre los transeúntes haya uno o más carteristas, y un paseo distraído. Con esos elementos, intuitivos, se concluyó que un carterista, de los muchos que seguramente habría entre la multitud, aprovechó la distracción del paseante y le robó la billetera.

Lo singular del caso es que en el ejemplo ofrecido a los alumnos no había ni un solo indicio que, racionalmente, hiciera presumir la existencia de un robo. No obstante, pocos o ninguno de los participantes atinó a pensar que el paseante simplemente había dejado olvidada la cartera en el bar donde se detuvo a tomar un café (45).

Así funciona nuestra estructura de pensamiento: intuitivamente. Es importante saber ésto porque los proveedores de bienes y servicios (que son los protagonistas excluyentes del actual derecho de daños) lo saben y pueden (de hecho, es lo que hacen) 'fabricar' escenarios causales que nos hagan pensar que un producto tiene capacidades que no tiene o que nos asegura una seguridad que, ciertamente, no puede asegurarnos. Coincidimos plenamente con Kahneman cuando afirma que, Es evidente que estamos predispuestos desde que nacemos a tener impresiones de causalidad que no dependen de razonamientos sobre patrones de causación (46).

Sin embargo, esta reflexión por cierta que sea, no debe conforar. El fenómeno causal es determinante para que la teoría general de la responsabilidad funcione correctamente, ya sea para no imputar las consecuencias de un acto a quien sólo parece ser su causa, como para evitar que una imputación intuitiva termine liberando a quien fue realmente la causa de un acto.

Veamos esto con un sencillo ejemplo de la vida cotidiana de cada uno de nosotros. Comprar un producto inseguro, porque se piensa que es seguro puede, según cómo se calibre el elemento axiológico, hacer responsable al adquirente que no tomó los recaudos para comprobar la seguridad del producto o al proveedor porque hizo creer que su producto no era inseguro.

Lo cierto es que el fenómeno causal requiere un estudio meticulado y un conocimiento que no puede exigírsele al adquirente medio y que sí puede serle exigido al profesional que fabricó el producto.

No es suficiente para explicar un fenómeno causal lo que vemos a simple vista, o lo que parece ser de determinada forma. La confianza excesiva en lo que vemos o en lo que nos muestran es una de las cuestiones más distorsivas el fenómeno causal. La confianza aumentada por mensajes publicitarios hace muy difícil, cuando no imposible, precisar que algo es menos seguro de lo que parece, o de menor calidad que la que aparente. Vuelve a acertar Kahneman cuando señala que, La confianza que los individuos tienen en sus creencias depende sobre todo de la cualidad de la historia que pueden contar acerca de lo que ven, aunque lo que ven sea poco. A menudo dejamos de tener en cuenta la posibilidad de que falte evidencia que podría ser crucial en nuestro juicio; lo que vemos es todo lo que hay (47).

Ahora piense el lector en una publicidad o en una campaña publicitaria en la que el anunciante invirtió millones de dólares en crear una historia acerca del producto. El relato, desde luego, viene

acompañado de imágenes que 'evidencian' que lo que se dice coincide con lo que se ve. Así es como se crean las intuiciones causales.

Tiempo atrás, Lorenzetti advertía que las campañas publicitarias constituyen un mecanismo idóneo para manipular tendencias individuales y sociales (48). Por nuestra parte, en otro trabajo también señalamos los efectos distorsivos que las publicidades ejercen sobre la estructura del pensamiento. Allí explicábamos cómo, mediante una enorme campaña publicitaria, durante muchos años se hizo pensar a los fumadores que el mal llamado 'tabaco light' tenía menor incidencia que el tabaco tradicional en el padecimiento de enfermedades como el cáncer. Así, millones de fumadores pensaban que sus cigarrillos de bajo contenido en nicotina y alquitrán eran menos nocivos que los cigarrillos regulares. Esto, por supuesto, no solamente resultó ser falso, sino que los proveedores de tabaco sabían perfectamente que estaban creando una conciencia falsa (49).

En sentido similar, Nassim Nicholas Taleb (1960, Universidad de Nueva York, Matemática-financiera), al referirse a como se analiza comúnmente el fenómeno causal habla de monstruosos errores que tienen particular repercusión en nuestra vida individual pero también en la política y en la economía de una sociedad. Este autor, afirma que construimos historias causales completamente equivocadas y luego, en base a ellas, tomamos las decisiones más importantes de la vida. Es preciso entender que si no analizamos adecuadamente el fenómeno causal todas nuestras decisiones serán, en el mejor de los casos, equivocadas y en el peor, catastróficas (50).

Pero volviendo a nuestro tema más concreto, no debemos olvidar que el Derecho, a diferencia de la naturaleza, puede decidir arbitrariamente cuándo y cómo vincular a un sujeto con un hecho o un acto dañoso y luego hacerlo responsable de sus consecuencias.

A ese fenómeno jurídico se lo llama factor atributivo de responsabilidad. Es muy importante que los operadores jurídicos sepan por qué y para qué se aplican factores atributivos de

responsabilidad en forma más amplia o más acotada. También es importante entender que aumentar los factores objetivos de atribución o hacerlos más severos, obstaculizando las eximentes de responsabilidad objetiva, es una cuestión que depende exclusivamente de la agenda política legislativa y también judicial. Si un gobierno determinado considera que más daños de los que ocurren en la sociedad deben ser reparados, más objetivos serán los factores de atribución de responsabilidad. Es decir: cuanto más objetivo sea el factor de atribución, más indemnizaciones habrá y menos eximentes de responsabilidad serán admitidas.

En definitiva: el derecho de daños está subordinado a un programa político determinado que, desde luego, puede variar con el tiempo. Si se analiza esa evolución en nuestro ordenamiento jurídico, desde la aparición del código velezano (1871) pasando por la reforma de la ley 17.711(1968) hasta la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial (2015), se observará que los factores objetivos de atribución de responsabilidad han aumentado sin parar. Como señala Ubiría, es el legislador el que evalúa las necesidades de la sociedad y dicta las leyes sobre la responsabilidad que mejor se adapten a esa sociedad en ese momento determinado (51).

Y, nos atrevemos a pronosticar, los factores objetivos seguirán avanzando porque el límite para incrementarlos no es una regla de la ética sino de la economía de cada país. Así, serán indemnizables todos los daños que el sistema pueda absorber sin poner en peligro al propio sistema. Esta condición, que subordina la responsabilidad jurídica a la macroeconomía de cada país explica, en parte, por qué los daños punitivos son tan elevados en países como Estados Unidos y tan bajos en el nuestro.

En Argentina, además de una justicia muy conservadora y poco conocedora del derecho comparado que siempre criticamos, hay razones macroeconómicas que hacen imposible que las empresas que soporten un peso demasiado severo de los daños punitivos. Sin embargo, es innegable que en la actualidad se atribuye responsabilidad

por hechos que antes no engendraban ninguna obligación resarcitoria; es indudable que se ha ampliado el universo de sujetos responsables. Como bien señala Ubiría: Las razones para imputar responsabilidad se encuentran ligadas a profundas concepciones socioculturales, políticas y económicas, por lo que el torbellino del siglo XX provocó la paulatina mutación de ciertas estructuras del sistema de 'responsabilidad civil, que se fue transformando lentamente en el actual derecho de daños (52).

Veamos un ejemplo vulgar para resumir lo que venimos desarrollando en este extenso tópico. El hecho de que un rayo parta al medio un automóvil es un fenómeno de la causalidad material; pero, obligar a que un sujeto a que pague los daños causados por el rayo es un fenómeno jurídico de tipo imputativo o atributivo de responsabilidad.

La cuestión más relevante para la ciencia jurídica en general y para la teoría de la responsabilidad en particular es determinar qué relación causal-imputativa tiene el hecho dañoso con quien lo padece y con quien debe repararlo. La clave de la teoría general de la responsabilidad son los factores atributivos de responsabilidad porque ellos se encargan de imputar o atribuir condición causal a determinado hecho (53).

Solo resta, para concluir este punto, determinar qué criterios utiliza la ley para determinar que un hecho determinado es causa de otro. No se trata de determinar la causa propiamente dicha, sino de establecer nexos causales para determinar que un hecho es causa de otro (54).

En ese sentido, y sin perjuicio de hacer un desarrollo más extenso un poco más adelante, se puede anticipar que el sistema que utiliza nuestro Código Civil y Comercial para establecer el nexo causal se enrola dentro de la teoría conocida como 'causalidad adecuada' y que es receptada por el art. 1726 CCyC.

Para Ubiría la causalidad adecuada consiste en establecer una relación de previsibilidad o de posible ocurrencia entre un hecho antecedente y una consecuencia (55). Habrá, entonces, causa adecuada cuando el hecho antecedente, de común, produce la consecuencia. Ese encadenamiento sucesivo y repetido entre el hecho antecedente y la consecuencia determina que el primero sea causa adecuada del segundo.

Este tema, que es netamente jurídico, resulta ser el de mayor importancia en la teoría general de la responsabilidad. Es que, si no se examina correctamente el nexo causal se corre peligro de atribuir a una persona las consecuencias de un acto o de una situación que corresponde ser asumida por otro sujeto (56).

Referencias Bibliográficas

- (1) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2017, T 1, p.6.
- (2) En sintonía con anterior principio -que lo comprende y esborda -, la prevención también identifica, ordena y orienta al sistema en torno a la adecuada contemplación de su eje: en este caso el mandato consiste específicamente en anticiparse y evitar el acaecimiento del perjuicio.... Se razona con acierto que si el sistema permaneciera impávido ante la inminencia de un daño o de su agravación, si sólo se 'activara' cuando se produce el perjuicio, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar.... (Ubiría, Fernando Alfredo, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, p.32.
- (3) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.12.
- (4) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.10.
- (5) El factor de atribución es el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un

hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.40).

(6) Los factores de atribución son razones que justifican la responsabilidad, al evidenciar como justo que el daño sea prevenido o reparado por determinadas personas. Constituyen la explicación axiológica de la obligación de resarcir el perjuicio. En su virtud dirigen esa obligación hacia determinados sujetos: apuntan a quién debe responder. Por eso, no hay atribución de un daño al responsable - según dice el precepto comentado, sino atribución de la una obligación de repararlo. (Zavala de González, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p.594).

(7) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.11.

(8) Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa (art. 1724). En nuestro sistema, ambos presuponen que el agente sea autor material del ilícito contractual o del incumplimiento obligacional, y la causa inteligente y libre de ese comportamiento. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.40).

(9) Los factores objetivos de atribución...se caracterizan por fundar la atribución del hecho ilícito stricto sensu o de incumplimiento obligacional en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad. De allí que la denominada responsabilidad objetiva sea mucho más que mera responsabilidad sin culpa: ella tiene un elemento positivo, axiológico, que la justifica y determina su procedencia. Comprende supuestos de responsabilidad tanto por autoría propia como por autoría ajena. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.41).

(10) Art. 1721.- Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

Art. 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

(11) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, ... p.56.

(12) En siniestros graves y reiterados, como los producidos en la circulación automotriz, procede sustituir, o al menos complementar sin desnaturalizarlo, el seguro obligatorio de responsabilidad civil, que tiene prioritariamente en vista la protección económica del asegurado por otro autónomo, para tutelar ante todo a las víctimas. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil ...T° 1, p.147).

(13) Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil ...T° 1, p.147.

(14) Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado tienden, en estos temas, a diluirse sensiblemente. Asistimos hoy a un fenómeno de relevante aproximación entre el derecho civil ...y el derecho constitucional. Poco importa la denominación...La compatibilidad es absoluta y todos los aportes ... conducen a similares resultados. Finalidad perseguida: asegurar y garantizar eficazmente la tutela de los derechos humanos, en todas sus manifestaciones. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.45 - 46).

(15) En verdad, ciertas figuras que se instauran buscando celeridad a toda costa sólo pueden lograr sus fines por medio de actos de autoritarismo -y no de autoridad-. El precio de la rapidez se paga suprimiendo o restringiendo el derecho fundamental de defensa en juicio y desterrando la garantía del proceso. El común denominador de estas creaciones que sólo son procedimiento, tal como expresáramos, es el agravante de que su resolución afectará a una persona ajena al trámite. En consecuencia, se verá perjudicada por la conculcación de su derecho de defensa en juicio o por la necesidad de ejercer su derecho de acción procesal para demostrar su inocencia. (Clavinho, Gustavo, La Procedimentalización posmoderna, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n° 39, 2013, p.11 a 31.

(16) Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si éste está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. La justicia de la

decisión depende de la concurrencia conjunta y necesaria de las siguientes condiciones: a. que la decisión sea el resultado de un proceso justo, en el que se hayan respetado las garantías procesales, b. que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues no puede ser considerada justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho y c. que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos. (De los Santos, Mabel Alicia, El debido proceso ante los nuevos paradigmas, Buenos Aires, La Ley, 09-04-2012-, Buenos Aires, La Ley 2012, B, 1062).

(17) Clavinho, Gustavo, La Procedimentalización posmoderna, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, n° 39, 2013, p.11 a 31.

(18) De los Santos, Mabel Alicia, Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, 15-11-2017- Cita Online: AR/DOC/2684/2017.

(19) Previamente al examen de las pruebas recibidas, la Corte precisará los criterios generales sobre valoración de la prueba y algunas consideraciones aplicables al caso específico, la mayoría de los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal. Con respecto a las formalidades requeridas en relación con el ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. En un tribunal internacional como es la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que le diferencian del proceso de derecho interno. Aquél es menos formal y más flexible que éste, sin que por ello deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes⁵¹. Lo anterior permite al Tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Considerando 95 y 96).

(20) Art.1733 CCyC: Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

(21) El autor, al comentar el art. 1733 del CCyC conecta, creemos que erróneamente, el caso fortuito con el vicio de la cosa y así presenta diversos ejemplos en los que se dan una combinación de un hecho ajeno (la tormenta, niebla) con un vicio de la cosa (defecto del sistema de frenos del automóvil, vicio en el sistema de iluminación). Para nosotros, la imposibilidad de alegar el caso fortuito no está, en el caso del inc e) del art. 1733, relacionado con vicios de la cosa sino con el riesgo. El riesgo que asume el conductor en el medio de una tormenta es que el automóvil frene y si no puede hacerlo, por efecto de la inusual lluvia, por más que el sistema de frenos esté en perfecto estado, no podrá alegar el *casus*. Veamos el ejemplo que propone Picasso para que se entienda mejor la crítica que le formulamos: Por caso, no hay ajenidad, v.gr., si un automóvil se desplaza y daña a un tercero en el contexto de una fuerte tormenta, pero la imposibilidad de controlar el vehículo obedece también a un vicio de los frenos, o si la colisión es desencadenada en medio una intensa niebla, pero el automotor carecía de luces suficientes, o si una lancha que sufre un desperfecto técnico naufraga y causa la muerte de un pasajero.... (Ver: Picasso, Sebastián - Cicchino, Paula en, Bueres (Dir.), Código Civil y

Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 405).

Nosotros pensamos que, en los dos ejemplos dados por el autor, la responsabilidad objetiva no depende ni se conecta de ningún modo con el estado de los frenos del vehículo ni con el sistema de iluminación, ni con los desperfectos de la embarcación. Es que, a nuestro ver, por más que el sistema de frenos y el de luces estuvieran en perfecto estado no se podría alegar el caso fortuito porque el art que comentamos impide, precisamente, esa invocación en los casos dados en los ejemplos. En síntesis, nosotros sostenemos, a diferencia de Picasso y Cicchino, que el vehículo debe frenar por más que llueva y, en todo caso, asume el riesgo (y sus consecuencias) de que se produzca una lluvia inesperadamente intensa que haga imposible el frenado. Y lo mismo cabe decirse del segundo ejemplo referido al naufragio de la lancha. En definitiva, hacemos esta crítica porque vemos que el tratamiento que propone el autor esteriliza la norma porque hace depender su aplicación de la existencia de un vicio de la cosa, extremo que la norma no requiere.

(22) En segundo lugar, la exterioridad también impide alegar como caso fortuito un hecho que constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad, según resulta del art. 1733, inc e) del CCCN... La introducción expresa de esta última precisión en el Código Civil y Comercial tiene para nosotros una importante incidencia en -al menos - dos situaciones que hasta ahora habían suscitado posturas contrapuestas en la doctrina y la jurisprudencia. Nos referimos a los denominados 'riesgos de desarrollo' y a la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias. (Picasso, Sebastián - Cicchino, Paula en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 405 -406).

(23) En este marco los principios y las funciones mismas de la responsabilidad civil son controvertidos, pues en tales ámbitos de dañosidad, se implementan mecanismo de socialización del riesgoso, más aún, de seguridad social destinados en primer lugar mitigar el rigor de tales detrimentos, a través de una cobertura más o menos inmediata, a cargo de un responsable solvente, y en segundo término a diluir el costo del daño estadísticamente previsible en toda la

comunidad o en una parte importante de la misma. La socialización de ciertos riesgos y del perjuicio estadísticamente previsible que dimana de los mismos. En tales supuestos, dice Tunc, particularmente cuando se trata de daños corporales, la responsabilidad civil tiene papel puramente secundario. (Pizarro -Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I... p.55).

(24) Algunos se preguntan si la responsabilidad por daños desaparecerá cuando, con el recurso de los impuestos, la sociedad repare todos o casi todos los perjuicios que sus miembros sufren injustamente. Un sistema de seguro social llegaría a reemplazar al régimen tradicional de responsabilidad... Esta solución, lejana en términos generales y quizás utopía, no eliminará los principios básicos de la responsabilidad por daños, que seguirán funcionando para un resarcimiento pleno -sobre todo si hay culpa - o siquiera para la acción de repetición contra el verdadero obligado a asumir, en definitiva, la cara de la indemnización. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 46 -47).

(25) En estos últimos supuestos la falta de antijuridicidad no obsta a la posibilidad de resarcimiento, pues a veces, por distintos motivos, el ordenamiento jurídico no deja a la víctima librada a su suerte y descarga las consecuencias dañosas en un tercero o en toda la comunidad por medio del Estado, pese a no poderle formular juicio de antijuridicidad alguno en su conducta. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I... p.238).

(26) En materia de antijuridicidad hemos pasado de un sistema que tomaba como paradigma a la antijuridicidad formal a otro que pone epicentro en la antijuridicidad material. Una acción es formalmente antijurídica cuando contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente dispuesta por la ley. La antijuridicidad material, en cambio, tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I... p.39).

(27) La misma línea sigue el nuevo Código a tenor de la redacción de sus arts. 1757/8, que le confieren al riesgo creado un marco fáctico aún más extenso pues también corresponde -ahora de manera expresa - a las actividades riesgosas. En efecto, resulta suficiente con que se introduzca en el medio social un factor generador de riesgo para terceros para que deba responderse objetivamente, se beneficie o no el sujeto. La responsabilidad se sostiene en por la misma generación del riesgo, no por el eventual beneficio que se derive de ella, de cualquier tipo. (Ubiría, Fernando Alfredo, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, p.199).

(28) Siguiendo las tendencias antes aludidas, el Código Civil y Comercial consagra una antijuridicidad objetiva y material. En efecto, el art. 1717 establece que es ilícita cualquier acción u omisión que ocasione daño, con lo que para se configure este presupuesto basta con que se viole el deber genérico de no dañar al otro. Así las cosas, ya no existe ninguna deuda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley describa, en cada caso, con detalle, la conducta prohibida. (Calvo Costa, Carlos - Sáenz, Luis R.J., Obligaciones. Derechos de Daños, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 125).

(29) Muchas veces, en los supuestos en que se repute responsabilidad a quien ejecuta, se sirve u obtiene un provecho de una actividad peligrosa o riesgosa, resulta difícil determinar con exactitud a qué causa en particular se debe el perjuicio generado. Sin embargo, sí puede ocurrir que sea claro e indudable que el daño sufrido por la víctima deviene como consecuencia de la actividad desplegada, o ello pueda inferirse de las características del hecho ilícito. Lucchesi, Mauro - Saézn, Luis, en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 611).

(30) El defecto existe al momento de la introducción en el mercado, sin que en nada modifique dicha conclusión el hecho de que el estado de los conocimientos técnicos o científicos no permita detectarlos. De allí que deberían distinguirse dos realidades que no pueden ser confundidas: una cosa es la existencia del defecto y otra, muy distinta, la posibilidad de conocerla. Esto último, dentro de un

contexto de responsabilidad objetiva, nada agrega o quita a la defectuosidad genética del producto. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T II ... p.494).

(31) La incorporación de esta fattispecie de la responsabilidad extracontractual constituía un arduo reclamo de la doctrina a lo largo de las últimas décadas, y las razones de su incorporación aparecen innegables: quitarle a la responsabilidad por riesgo el corset de la necesidad de que intervenga una cosa viciosa o riesgosa en el hecho ilícito para se resulta aplicable este factor de atribución. Es que, muchas veces, la responsabilidad por riesgo no se circunscribe a la noción de cosa riesgosa, pues el peligro no emana tanto de la cosa que interviene en el suceso, sino que el riesgo deriva de ciertas actividades. La responsabilidad por la actividad riesgosa busca superar, entonces, el rígido marco de la exigencia de una cosa como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva. (Lucchesi, Mauro - Saénz, Luis, en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 611).

(32) El problema de la relación de causalidad en el derecho de daños, siempre ha cautivado a la doctrina y ha dificultado el trabajo de los jueces por lo complicado que resulta su estudio y análisis, dificultad que ha hecho a muchos afirmar que es la problemática más ardua en el campo del derecho, una galería de espejos invertidos, una selva, un laberinto, una cuestión insoluble, sin perjuicio de lo cual, el problema ha constituido a través de la historia... un verdadero desafío que resulta necesario afrontar. (Cuervo, Luis Horacio, La relación de causalidad y la previsibilidad contractual en el CCCN, publicado en Revista RYD República y Derecho, ISSN 2525-1937, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2017).

(33) La noción de causalidad trasciende el ámbito de la responsabilidad civil como también la de derecho en general. Se proyecta a filosofía, la física, las matemáticas, a lo jurídico, etcétera. Es sabida la complejidad que encierra este presupuesto de la responsabilidad civil, lo que ha dado lugar a que muchos autores lo calificaran como un problema insoluble, complejo, tormentoso, angustioso, enigmático, multiforme, ambiguo o de extrema dificultad,

entre otras calificaciones que se orientan en el mismo sentido. (Tanzi, Silvia y Papillú, Juan en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 314-315).

(34) Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Barcelona, Ariel Filosofía, 2004, T° A-D, p.510.

(35) Como la causa permite explicar que un cierto efecto se ha producido, se supuso muy pronto que la causa era, o podía ser, asimismo una razón o motivo de la producción del efecto. Las ideas de causa, finalidad, principio, fundamento, razón, explicación y otras similares se han relacionada entre sí con mucha frecuencia, y en ocasiones se han confundido. (Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, ... T° A-D, p.511).

(36) Existe consenso en la doctrina en señalar que hay que romper la cadena de causalidad en algún eslabón, para no llegar tan lejos que nos coloquemos -al decir de Lafaille - fuera del campo jurídico. Es obvio que las dificultades se presentarán a la hora de determinar dónde se hace el corte del desarrollo de los acontecimientos. (Tanzi, Silvia y Papillú, Juan en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 314.

(37) Pues ya sabemos, el derecho guiado por el prisma de la justicia, acorta o alarga esa relación causal, para la consecución de sus fines. (Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1982, T° 3, p. 713).

(38) Goldemberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 40.

(39) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 136.

(40) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, ... T 1, p.341.

(41) Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1982, T° 3, p. 713.

(42) Antes de establecer cuándo un el individuo debe responder jurídicamente por un resultado...es necesario precisar si tal consecuencia ha sido efectivamente producida por su acción u omisión, es decir, hay que examinar la atribución material... Una cosa es que el efecto pueda ser referido a la actuación de una persona y

otra muy diferente el juicio de demérito que suscite ese comportamiento. (Goldemberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 40).

(43) Goldemberg, analizando la teoría metafísica de Aristóteles explica que, Es sin embargo, con Aristóteles que puede situarse el inicio del llamado 'casualismo científico'...Todo efecto, de acuerdo con su pensamiento, ha de ser producido por algo o por alguien (causa eficiente), para algo (causa final), de algo (causa material) y con introducción de algo). Goldemberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Buenos Aires, La Ley, 2000, p.3.

(44) Daniel Kahneman (Tel Aviv, Israel, 5 de marzo de 1934) es un psicólogo de nacionalidades estadounidense

(45) e israelí. En 2002, conjuntamente con Vernon Smith, fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por haber integrado aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre.

Léase esta frase: Después de pasar un día contemplando hermosas vistas en las calles atestadas de Nueva York, Jane descubrió que había perdido su billetera.

Cuando las personas que habían leído esta breve historia (junto con muchas otras) se las sometió por sorpresa a un test de memoria, la palabra 'carterista' apareció a la historia mucho más que la palabra 'vistas', a pesar de que esta última figuraba en la frase y la primera no. Las reglas de la coherencia asociativa nos dicen lo que sucedió. El caso de una billetera perdida pudo evocar muchas causas distintas: la billetera se cayó del bolso, quedó olvidada en el restaurante, etcétera. Sin embargo, cuando las ideas de una billetera perdida, Nueva York y la gente se yuxtaponen, conforman juntas la explicación de que un carterista fue la causa.

Kahneman, Daniel, Pensar rápido, pensar despacio, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 105.

(46) Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 106.

(47) Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 120.

(48) La inducción de conductas por miedo de la publicidad es un tema de la mayor importancia en el mundo actual, y un amplio campo de desarrollo en la responsabilidad civil. La publicidad puede actuar incentivando pulsiones inconscientes del individuo a los fines de orientarlo en determinado sentido, a lo cual se agrega la falta de información. (Lorenzetti, Consumidores..., p 189).

(49) Uno de los principales problemas que enfrentamos como consumidores es que la publicidad ocupa el lugar de la información, y termina anulando el derecho a ser informados. Dicho de otro modo; si la persona que hace la publicidad de un producto es la misma que nos debe informar sobre las limitaciones de ese producto, el consumidor jamás va a estar correctamente informado. Porque la finalidad del fabricante es vender el producto, no informar que el producto que vende tiene ciertas limitaciones. En cierta medida, la mayor información limita las ventas... (Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 36.

(50) Pero actuamos como si fuéramos capaces de predecir los hechos o, peor aún, como si pudiésemos cambiar el curso de la historia. Hacemos proyecciones a treinta o más años del déficit de seguridad social y de los precios del petróleo, sin darnos cuenta de que ni siquiera podemos prever unos y otros para el verano que viene. Nuestros errores de previsión acumulativos sobre los sucesos políticos y económicos son tan monstruosos que cada vez que observo los antecedentes empíricos tengo que pellizcarme para verificar que no estoy soñando. Lo sorprendente no es la magnitud de nuestros errores de predicción, sino la falta de conciencia que tenemos de ellos. (Taleb, Nassim Nicholas, El cisne negro, Buenos Aires, Paidós, 2018, p. 27).

(51) El legislador 'capta' la realidad de la sociedad en la que vive, y en conocimiento de la dañosidad de su momento histórico consagra un sistema normativo de responsabilidad civil que será idóneo si resulta justo y eficiente, si sirve, alentando el progreso y el bien común. (Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 162).

(52) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial..., p 162.

(53) Desde el punto de vista filosófico la causa es el conjunto de los factores o fuerzas concurrentes que produce un determinado resultado. Sin embargo, en el ámbito del derecho no puede aplicarse tal concepto ya que, de hacerlo, todos seríamos responsables de todo y a nadie podría atribuírsele por completo un daño. Por ello, desde este punto de vista -del derecho - será necesario escoger de entre todas las condiciones cuál será erigida a la calidad de causa. (Tanzi, Silvia y Papillú, Juan en, Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 318).

(54) La relación de causalidad, como hemos visto, tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado - un evento dañoso y sus consecuencias - puede ser imputado objetivamente a una persona como su autor; esto es, puede ser atribuido materialmente y de modo jurídico relevante a la acción u omisión de un sujeto, o a un hecho o cosa por las que debe responder. (Méndez Sierra, Eduardo en Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 271).

(55) También parte de la base que no es cierto que todas las condiciones sean equivalentes, pues tienen eficacia distinta: una causa adecuada (idónea, apta) a su efecto de acuerdo a la probabilidad de producirlo, según lo que sucede corrientemente, con normalidad o regularidad. El análisis entonces se practica a la luz de la previsibilidad desde el plano 'abstracto' o teórico, según el curso ordinario de las cosas (a diferencia de la *conditio sine qua non*). (Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p 144).

(56) Es necesaria y fundamental la existencia y acreditación de la relación de causalidad ya que de otro modo se estaría atribuyendo a una persona, el daño causado por otra o por la cosa o actividad de otro. Es inadmisibles que la reparación del daño deba ser soportada por quien no ha contribuido a su realización. (Méndez Sierra, Eduardo en Bueres (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación, T° 3 F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 314)

La información de los proveedores vs las expectativas de los consumidores

El optimismo de los consumidores y la obstinación de los legisladores

El derecho en los tiempos del contrato no leído

por Fernando E. Shina

Disponible en: <http://www.eldial.com/nuevo/index.asp>

Cita online: elDial DC26F0

[Consultado el: 25/3/2022]

I - Presentación

Según estadísticas y estudios académicos confiables menos de una persona de cada mil lee los contratos de adhesión que suscribe. (1) Este dato es internacional, se repite en todos los países y nos permite adelantar una conclusión que será determinante: nunca, en ningún lugar de mundo, ninguna persona lee, ni leerá jamás, ni uno solo de los contratos de adhesión que por millones se suscriben a diario.

Le pido al amable lector que en los renglones que siguen me acompañe con un recuerdo que seguramente todos compartimos. Pensemos, entonces, en una maestra de tercero o cuarto grado quien al explicarnos las reglas de la multiplicación nos decía con firmeza, pero con infinita paciencia: Cero por toda la cantidad es igual a Cero. Es que, cualquier número que se multiplica por cero da como resultado cero porque la repetición acumulativa e infinita de ceros no hace más que sumar vacío al vacío o agregar nada a la nada misma.

Lo mismo ocurre con la información que nos brindan los proveedores sobre los bienes y servicios que consumimos a diario y la no lectura de los contratos que firmamos. Veamos. Por más que se derroche información en cantidades industriales, la no lectura del contrato la anula como el número gigante que se esteriliza ni bien se lo multiplica por cero.

Dicho en otras palabras: se informa mucho y no se lee nada, con lo cual el único resultado de esa ecuación es que seguimos consumiendo sin estar informados y los proveedores siguen impunes frente a su obligación informativa. Sin embargo, pese a este sombrío diagnóstico, nuestros doctrinarios continúan insistiendo, con asombrosa ingenuidad, en incrementar la misma obligación de informar como si no supieran que ese incremento no tendrá ningún efecto porque es como multiplicar cualquier número por cero.

Los datos estadísticos que hemos consultado son sostenidos e inmodificables y es necesario que sean reconocidos y tratados en la doctrina. Los hombres de derecho, desde el lugar que cada uno ocupe, estamos obligados a pensar modelos de responsabilidad que se activen aun sabiendo que una de las partes no leyó, y nunca va a leer, el contrato en donde constan sus obligaciones, las de su contraparte y las verdaderas limitaciones del producto adquirido.

II - El obrar adecuado a derecho que resulta antijurídico

Hablando de paradojas, es necesario entender que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta, por extravagante que parezca, mediante una conducta irreprochable. Veamos. El sujeto que informa sabiendo que la información que ofrece será neutralizada por la comprobada indiferencia de quien debe recibirla sabe, en definitiva, que no está informando nada.

Pues bien; ese informar a sabiendas que no se informa nada es tan antijurídico como la omisión de informar. Por otra parte, esa conducta de hacer algo sabiendo de antemano que su resultado es tan

vano como perjudicial y distorsivo, nos lleva directamente al art. 1724 del CCyC. En efecto, pensamos que esta clase de conducta puede y debe ser encuadrada como una de las formas posibles que asume el dolo. Es que, como dice la citada norma, el dolo... se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

A todo esto, hay que agregar que los proveedores, sobre todo aquellos que comercializan las marcas que lideran los mercados de todo el mundo, saben que informan para no informar y que por más que adviertan consecuencias catastróficas sobre el uso de sus productos, sus clientes raramente dejan de serlo porque están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar cualquier consejo razonable. (2)

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan ‘tentación’, es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones que traten de atenuarlo. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso.

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió estos impulsos no racionales y concluyó que: Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirman que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tienen sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegaron a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas (3)

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes que hacen a la estructura de la personalidad de los sujetos y saber que siempre la conducta impulsiva va a prevalecer sobre la que es más reflexiva. La tentación ejerce sobre el deseo una

fuerza que domina fácilmente a los pensamientos más moderados. Este es un secreto a gritos entre los que estudian estas cosas. (4)

Pero volvamos al punto referido a las conductas que son, al mismo tiempo, irreprochables y antijurídicas. Matilde Zavala de González se refiere a estas situaciones (antijuridicidad difusa) que describen conductas que parecen jurídicas pero que provocan daños. (5)

Pizarro y Vallespinos al analizar la última parte del art. 1724 del CCyC señalan que: A diferencia del art. 1072 del código civil derogado, no se requiere intención de dañar. Basta para su configuración que el daño se cause de manera intencional... o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos... Es suficiente, a tal fin, con que el sujeto se represente internamente el resultado necesariamente ligado al efecto querido, ... o proceda de igual modo con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. (6)

En definitiva, no es tan complejo imaginar que gran parte de las empresas que dominan los mercados internacionales elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primera es no informar simulando que se suministra información precisa, clara y detallada. Ese desinterés del sector empresario, cuidadosamente disimulado, frente a la obligación de informar, cuyo incumplimiento se sabe positivamente que causará daños es asimilable al dolo que se describe en la segunda parte del art. 1724 del CCyC. Sin embargo, el deber informar, tal como está pensado en nuestras leyes, es una vía rápida para la repetición de daños y un pasaporte hacia la impunidad de los proveedores. En ese sentido, la modificación de la ley de defensa del consumidor que se anuncia con más pompa que sustancia va en camino de consolidar este binomio distorsivo de la información que desinforma.

Desgraciadamente estamos sumidos en un notable atraso doctrinario y eso nos hace seguir insistiendo con fórmulas viejas que parecen renovadas, aun sabiendo que toda la información será

neutralizada ni bien sea depositada en un contrato que NUNCA SERÁ LEÍDO POR NADIE. Así, nos cansamos de reformular el art. 4 de la ley 24.240 para que la información que reciben los usuarios sea exactamente la misma porque, como ya hemos explicado un poco más atrás, se trata de una suma de ceros cuyo resultado nunca cambia.

Parece no advertirse que el problema no está en el contenido de la información que se brinda, sino en el excesivo optimismo que los seres humanos tienen para interpretar esa información, lo que motiva que se rechace cualquier información que achate o contrarie ese optimismo, mostrando las limitaciones e imperfecciones que tienen las cosas que deseamos.

Esto significa que, según nuestro pensamiento, hay que focalizar el estudio en la psiquis humana y prestarle menos atención a los manuales de instrucciones que hacen las empresas. Se trata de empezar a estudiar (desde el derecho) la estructura de la personalidad humana porque las leyes están dirigidas a hombres y mujeres que actúan de determinada manera que, por cierto, es bastante predecible. Como dice Dan Ariely (7) somos previsiblemente irracionales y quien regule nuestras conductas debe conocer estos aspectos del ser humano que ahora se conocen con mayor precisión. (8)

Los estudios más avanzados de la psicología cognoscitiva saben que en la estructura de la psiquis humana prevalece un optimismo natural que, en alguna medida, es insano porque nos impide ver las limitaciones o los defectos de las cosas que queremos comprar con el escaso presupuesto de que disponemos.

Daniel Kahneman (1934, científico israelí, Premio Nobel de economía 2002) en su libro *Pensar rápido, pensar despacio*, cuya lectura debería ser obligatoria en las escuelas de derecho, describe al optimismo como motor del capitalismo. Y también, agregamos nosotros, como fuente directa de daños. (9)

Es que, de la misma forma que existe una tendencia humana a creer que nuestras habilidades son superiores a lo que realmente son, esa tendencia se repite en nuestra modalidad consumo. Estamos dominados por un optimismo irracional que nos hace pensar que los productos que podemos comprar son mejores de lo que realmente son.

Una buena información es la que opera sobre este nivel irracional del optimismo. La información correcta debe estar orientada a atenuar el optimismo humano antes que a describir las bondades del producto.

III - Los peligros de la compulsión legislativa

Desde hace unos años, más precisamente desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, se vive una especie de compulsión legislativa en la que parece que todas las leyes deben ser modificadas o derogadas o suplantadas por otras que se presentan más modernas o más progresistas o más útiles para la sociedad.

Así, con variadas excusas que en muchos casos resultan poco verosímiles, se está emprendiendo la tarea de modificar o derogar la actual ley de defensa del consumidor. El anteproyecto de reforma ya fue presentado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo para cumplir la tarea reformista.

Sin embargo, a poco de leer ese anteproyecto hemos notado que nada de lo que hemos explicado en este ensayo breve está plasmado en su articulado. Ello obedece, en principio, a que en nuestra doctrina no se habla de estos temas (salvo contadas excepciones) y se sigue pensando que el mayor logro es modificar leyes para no modificar realidades. Los empresarios, desde luego, están sumamente complacidos con esta situación porque les resulta fácil y conveniente llenar el envoltorio de un producto con información certera y detallada que, como todos saben, nadie lee.

Es necesario que se trabaje, no ya sobre la información que reciben los usuarios, sino sobre el concepto de expectativas contractuales razonables. Recordemos que el código vigente trata específicamente a los contratos de adhesión (arts.984 a 989 CCyC) y es allí donde, según pensamos, podrían realizarse estas modificaciones que señalamos en este breve e incompleto ensayo.

Una eventual reforma de la ley de defensa del consumidor debe tratar adecuadamente el tema de las expectativas contractuales como factor atributivo de responsabilidad objetiva. Después de todo, nada impide a que se añada a la teoría del riesgo creado un nuevo factor atributivo de responsabilidad relacionado con la creación o la defraudación de expectativas.

En sentido muy similar, Pizarro y Vallespinos señalan que: De cualquier modo, conviene insistir en que el ámbito de los factores objetivos de atribución se caracteriza por su marcado pragmatismo. De allí que aquéllos constituyan un catálogo abierto que admite nuevas incorporaciones, en la medida que así lo requieran las necesidades sociales. (10)

El deber genérico de no dañar y la buena fe como principios rectores del Derecho son condiciones necesarias, pero no suficientes para alcanzar una protección contractual más específica y acorde a los tiempos que corren. Nuestros días están atravesados por el asombroso desarrollo de la inteligencia artificial, los algoritmos, los sesgos del pensamiento, etc.

Es absolutamente necesario crear leyes que estén a la altura de los nuevos aportes que provienen de las ciencias del conocimiento. No se trata de dictar nuevas leyes y al poco tiempo modificarlas por otras que, sin serlo, se enuncian como superadoras de las viejas que se derogan solo porque pasaron de moda o porque sea conveniente para la agenda propia de algún político.

Cambiar una ley de defensa del consumidor sin primero realizar un profundo estudio de la estructura de la personalidad del consumidor, a la luz de las nuevas investigaciones, es condenar esa normativa al fracaso. Y cuando una ley tan importante fracasa, fracasamos todos.

IV - El código Civil y Comercial como piso de protección de los consumidores

En nuestra opinión, hasta que la doctrina nacional no evolucione un poco más (y somos muy pesimistas frente a esta posibilidad) sería muy aconsejable no modificar la ley de defensa del consumidor. En lugar de una reforma tan ardua podríamos empezar a utilizar las herramientas disponibles en los diversos ordenamientos normativos vigentes. Veamos esto con un poco más de detalle.

En el asunto que estamos examinando, que no es otro que el de las expectativas que los consumidores tienen con relación a los bienes y servicios que consumen, existe la regla del artículo 961, segunda parte, del CCyC que dispone: Los contratos ...Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos...

La norma, al menos en este punto concreto, nos está diciendo que hay una parte del negocio jurídico que no se enuncia en el contrato. Pero también nos está diciendo que esa parte no enunciada del contrato es igualmente obligatoria y, eventualmente, puede encender la responsabilidad de la parte que no la cumple. Dicho, en otros términos: en la dinámica de art. 961 del CCyC es perfectamente posible atribuir responsabilidad por las expectativas defraudadas. (11)

Esa formulación tácita que no se escribe en el contrato, está constituida por las expectativas reales e inconfesas que los consumidores tienen con relación a los productos y servicios que adquieren. Por el otro lado, los proveedores, que son la otra parte del mismo contrato, tienen perfecto conocimiento de las expectativas de

sus clientes. Dicho sin metáforas: los proveedores saben perfectamente que las ilusiones de sus clientes jamás serán alcanzadas por los productos que les venden.

V - El fabuloso negocio del optimismo obeso

Todo lo que hemos descripto en los puntos que anteceden es perfectamente conocido por las grandes compañías que comercializan masivamente bienes y servicios.

Lo saben por la sencilla razón que ellos mismos son quienes ‘fabrican’ las ilusiones con publicidades de notable eficiencia y las defraudan con productos de calidad módica. Los proveedores (sobre todo las compañías líderes) generan entre sus potenciales clientes expectativas optimistas (exageradamente optimistas) porque también saben que esas ilusiones son las que impulsan las ventas. Del mismo modo, saben que sus productos nunca podrán alcanzar esas las expectativas de esa ilusión.

En el medio de todo esto hay en juego un negocio enorme que consiste en recibir el precio de expectativas obesas, pero deliberadamente engordadas, y ofrecer a cambio productos de una calidad atenuada. Ergo: la clave de la comercialización exitosa consiste en aumentar las expectativas de los clientes. Ello explica el motivo por el cual las grandes compañías gastan sumas verdaderamente obscenas en campañas publicitarias cuya única finalidad es crear ilusiones y dejar que sean ellas las encargadas de elevar el precio de los productos.

El producto que está en la vidriera de un negocio elegante, al igual que las imágenes de los sueños que nos confortan durante el descanso, siempre brilla más que las opacidades de lo real. Es la vida. Pero eso no quiere decir que no pueda mejorarse la teoría general del contrato.

VI - Epílogo

En las relaciones jurídicas de consumo encontramos un bando que añora calidades ficticias y otro que sabe que esas añoranzas serán decepcionadas. El problema es complejo porque involucra a usuarios demasiado optimistas y a proveedores que estimulan ese optimismo insostenible.

La información eficiente no es la que nos dice que un reloj es resistente al agua o sumergible porque esos datos son abstractos y complejos para el adquirente. La información útil es la que nos dice que este reloj que añoramos comprar para ir a bucear al Caribe es apenas útil para lavar los platos sin riesgo de arruinarlo.

Informar, entonces, es achatar el optimismo del usuario, pero esto, a su vez, achata las ventas y la renta empresarial. Esa es la tensión que el Estado debe regular de manera inteligente.

Una correcta interpretación del art. 961 del CCyC puede ser de gran utilidad si los jueces se decidieran a aplicarlo. Empero, para ello es necesario que haya una verdadera renovación doctrinaria antes que legislativa. Estamos leyendo literatura jurídica gastada. El mundo está hablando de neurociencias y esos avances no se encuentran plasmados en los debates o en las leyes que se proponen como innovadoras.

Me complace terminar este artículo con una cita del notable científico argentino, Facundo Manes: ¿Tendrá sentido preguntarse cuándo fue que empezó el futuro? ¿Cuál será la respuesta definitiva de este oxímoron, en el que el verbo se conjuga en pasado cuando se habla de algo que está por venir? Quizás en estas contradicciones se encuentre la clave, porque aquello que se esperaba ya está entre nosotros: la hiperconexión, el presente continuo en donde se fusionan todos los tiempos, la vida larga y a prisa, los avances tecnológicos que de tan asombrosos ya no asombran. Y ahora que llegó, nos

preguntamos qué vamos a hacer con este futuro y qué va a hacer el futuro con nosotros. (12)

Es imprescindible que la academia nacional salga de su letargo autorreferencial y asuma una agenda de futuro.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Ayres, Ian, "THE NO-READING PROBLEM IN CONSUMER CONTRACT LAW" (2014). Faculty Scholarship Series. Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, Captura: 28-12-2017
- (2) Ellos sí estudian la psicología cognoscitiva y las neurociencias que no se estudian en las universidades derecho argentinas. El subdesarrollo académico que padece nuestro país es otra cuestión insoslayable.
- (3) Thaler, Richard – Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, Belén Urrutia (trad.), Buenos Aires, Taurus, 2018, p. 61.
- (4) La mayoría de la gente es consciente de que la tentación existe, por eso toma medidas para vencerla. El ejemplo clásico es el de Ulises, que afrontó el peligro de las sirenas y su canto irresistible. En frío Ulises ordenó a la tripulación que se papara los oídos con cera para que la música no les tentara. También pidió que le ataran al mástil para poder escuchar la música y que las ligaduras le impidieran sucumbir, en caliente, a la tentación de dirigir la nave hacia ellas. (Thaler, Richard – Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, p. 58 y 59).
- (5) Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos, pero también poder surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar concreto que pueda considerarse como ilícito. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2015, T° 1, p. 127.
- (6) Pizarro – Vallespinos, Tratado de Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, T° 1, p. 432 y 433.

(7) Dan Ariely, nació el 29 de abril de 1968 en New York. Es Profesor de Psicología del consumo en MIT, Duke y Princeton.

(8) Mi siguiente información es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresario o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (Trad.), Barcelona, 2009, p.18).

(9) Casi todos los humanos vemos al mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son, y los fines que perseguimos más fáciles de lograr de lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad para predecir el futuro, lo cual fomenta un optimista exceso de confianza. Por sus consecuencias para las decisiones, el sesgo optimista puede muy bien considerarse el más destacable de los sesgos cognitivos. Como el sesgo optimista lo mismo puede bendecirnos que condenarnos, quien sea optimista por temperamento debería ser precavido en medio de su contento. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 334).

(10) Pizarro – Vallespinos, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017, T° 1, p. 453

(11) La norma ofrece un criterio para considerar incluidos dentro del conjunto obligacional emergente del contrato a ciertos deberes que, aunque no estén explícitamente acordados por las partes, pueden considerarse virtualmente comprendidos en él...El criterio que la norma establece para precisar la extensión de las obligaciones o deberes implícitos emergentes del negocio es la razonabilidad con la que se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (Esper, Mariano en, Bueres, Alberto J, (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, T°3 C, p. 69).

(12) Manes, Facundo – Niro, Mateo, *El cerebro del futuro*, Buenos Aires, Planeta, 2018, p.

Una nueva teoría general de los contratos

Capítulo introductorio

por Fernando E. Shina

Disponible en: <https://www.juschubut.gov.ar/inicio-temisnet/>
[Consultado el: 18/04/2022]

La obligatoriedad contractual en el Código Civil y Comercial. La obligatoriedad contractual es otro de los pilares sobre los que se asienta la teoría general de la responsabilidad y por eso no es extraño que este principio se haya mantenido —como regla principal— en el código unificado vigente en el art. 959 del CCyC. (1) Por otra parte; más allá del desarrollo que vamos proponer en los párrafos siguientes, lo cierto es que no es posible pensar un Derecho privado sin que los acuerdos de las partes sean obligatorios.

La obligatoriedad del contrato fue desde sus orígenes el broche dorado de la teoría contractual clásica que siempre estuvo, y en gran medida sigue estando, estructurada a la manera de un triángulo equilátero compuesto por tres lados equivalentes. Veamos un poco más detenidamente esta figura triangular. Un eje asegura el predominio de la autonomía de la voluntad, el otro la libertad de contratación y, por último, un tercer lado garantiza la obligatoriedad de la palabra empeñada en el contrato libremente celebrado. Dicho de otro modo: la teoría general del contrato paritario se organizó a partir de tres ficciones: la del sujeto autónomo, la del sujeto libre y la del sujeto responsable.

Sin embargo, hoy se sabe que la autonomía de la voluntad es mucho menos autónoma de lo que se suponía y que la libertad de contratar es irrisoria cuando se habla de bienes y servicios de consumo masivo. Empero, desoyendo esta realidad, la doctrina nacional insiste en realzar todas las reglas de una teoría que ya

deberíamos llamar antigua en vez de clásica porque en nuestros días casi no tiene aplicación real.

En verdad, la teoría contractual clásica, con mejor o peores argumentos, no está orientada, a pesar de que se diga lo contrario, a proteger la libertad del sujeto, sino a garantizar la seguridad del tráfico de los bienes y servicios circulantes; por eso la seguridad jurídica sigue siendo un valor que prevalece sobre la equidad. No obstante, la mayor parte de la doctrina nacional, quizás por pudor o quizás por remordimiento, se empeña en enseñarnos que la libertad de contratación es una conquista del sujeto antes que un triunfo de la economía de mercado. La reflexión de Lorenzetti, que copiamos como nota, es un ejemplo de esta tendencia a vincular la libre contratación con la libertad del sujeto. (2)

Sin perjuicio de lo dicho, y aún a riesgo de permanecer solitarios en la doctrina, no podemos soslayar que en los últimos años se han hecho notables avances en el estudio de la psicología cognitiva. Los aportes de esas ciencias nos ayudan a entender cómo funciona realmente la estructura del pensamiento humano. Pues bien, ninguno de esos estudios permite concluir que lo que el Derecho denomina acto voluntario (art. 260 CCyC) sea una construcción que involucre el discernimiento o la libertad del sujeto. Las conclusiones, para ser francos, tienen un sentido contrario: solo un reducido número de los actos que realizamos cotidianamente pasan por el filtro racional de nuestro discernimiento. En un artículo reciente, nuestro gran amigo Waldo Sobrino, siempre a la vanguardia, examina todas estas cuestiones y llega a conclusiones muy similares. (3) También, justo es reconocerlo, autores jóvenes y de gran proyección académica como Alejandro Chamatropulos nos han anticipado estas ideas relativamente recientes para nosotros. (4)

Y, casi a modo de terminación anticipada de esos estudios, es posible afirmar que lo que conocemos como acto voluntario (art. 260 CCyC), a su vez compuesto por el discernimiento la intención y la libertad es una construcción jurídica completamente desvinculada del

sujeto real. Dicho en otras palabras: son muy pocos los actos de la vida cotidiana que realizamos con pleno discernimiento.

Esas sofisticadas investigaciones, todavía muy poco atendidas por nuestros doctrinarios, advierten que el acto voluntario, sobre el que se construyó la teoría general del contrato, es una noción mucho más compleja que lo que supone la escueta definición que surge del art. 260 CCyC. Recordemos que esta norma, que vino a ocupar el lugar del art. 897 del viejo Código Civil, establece que la voluntad de un sujeto se integra con su discernimiento, con su intención y con una libertad tal que lo pone a resguardo de cualquier coerción a la hora de tomar decisiones eficientes.

Sin embargo, es muy poco lo que esa norma jurídica dice acerca de estos tres elementos esenciales para la formación del acto voluntario. ¿Cuándo tenemos discernimiento? ¿Cómo lo adquirimos? ¿Hay factores determinantes de la intención de un sujeto? ¿Pueden existir cuestiones que siendo inadvertidas por el sujeto modifiquen su capacidad de discernir? ¿Cómo actúa el inconsciente en nuestras decisiones racionales?

Como puede verse, son muchas las preguntas que suscita la construcción del acto voluntario que nos propone nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, debe decirse que esa construcción del acto voluntario como base de todo el Derecho de las obligaciones y de los contratos rige nuestro ordenamiento jurídico desde hace aproximadamente 150 años. Sin embargo, hace décadas que la construcción del acto humano voluntario viene dando claras señales de agotamiento e insuficiencia.

En ese orden de ideas, los estudios más recientes enseñan que pocas cosas son más frágiles y sencillas que manipular que nuestro discernimiento, nuestras intenciones y la libertad con las que el

Derecho nos corona para que podamos llevar adelante cada vez más complejos actos jurídicos.

El ya citado Alejandro Chamatropulos nos explica que la toma de decisiones que realizamos continuamente no se relaciona de manera directa con la información racional y objetiva que recibimos. Por el contrario, nos recuerda Chamatropulos, la estructura del pensamiento humano tiene una doble fuente de alimentación. Una primera forma de conocimiento es de tipo intuitivo (la llamaremos Sistema 1 para respetar el nombre que utiliza uno de sus creadores, el Dr. Daniel Kahneman) y otro racional (Sistema 2) (5).

La mayoría de los actos que realizamos a diario están impulsados por el sistema 1 que no es racional. Dicho en otras palabras: el discernimiento y la intención, como estructuras racionales del pensamiento, no son reglas generales sino excepcionales (6) La mayoría de las veces actuamos por intuición y no por discernimiento, “sin sensación de control voluntario”, como diría el notable científico Daniel Kahneman.(7) Para colmo, la intuición es una sensación tan fuerte que nos hace creer que aquello que meramente intuimos es tan verdadero como el conocimiento que adquirimos utilizando métodos y protocolos racionales. La intuición, como dice Kahneman, genera una ilusión de conocimiento; es decir: un discernimiento ilusorio (8).

Estas cuestiones nos llevan pensar que la valoración y la trascendencia que habitualmente le asignamos a la razón está en crisis porque somos más irracionales de lo que estamos dispuestos a aceptar en una reunión de amigos.

Dan Ariely (1968, Profesor de psicología y economía conductual en Mit y Duke University.) explica que, además, somos ‘previsiblemente irracionales’ porque actuamos bajo ciertos patrones irracionales que se repiten. Esa constante repetición de intuiciones irracionales nos hace más dóciles a la hora de ser manipulados (9)

El autor citado desarrolla un ejemplo más o menos risueño, pero bastante serio, y nos interroga: *¿Sabe por qué seguimos teniendo dolor de cabeza después de tomar una aspirina que nos cuesta cinco céntimos, pero ese mismo dolor de cabeza desaparece si la aspirina nos cuesta 50?* (10)

Pero volvamos a nuestro Código Civil y Comercial aplicando estos conocimientos a la teoría general del contrato. La palabra empeñada siempre es valiosa; empero, solamente debe ser legalmente exigible cuando los contenidos del acuerdo son justos. No hay ninguna regla de la moral o de la ética que dictamine que debe ser obligatoria la palabra empeñada en un acuerdo injusto y desigual. No es cierto, como se insistió hasta el cansancio, que el cumplimiento de la palabra sea, per se, una categoría ética. En todo caso, la ética está en el contenido de lo dicho y no en las promesas de cumplirlo. Se puede prometer el cumplimiento de un acuerdo injusto, pero el ordenamiento no debe tolerar que esa promesa sea exigible con la fuerza de la ley (11)

Sin perjuicio de nuestro pensamiento particular, que explicamos en los párrafos que preceden, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial señala que: *Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes: La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público. La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.* (12)

Esta explicación permite sacar algunas conclusiones.

En primer lugar, el contrato es un acuerdo que requiere el consentimiento libre de las partes que lo integran (conf., art. 957 CCyC.) (13) El consentimiento, entonces, es el primer lado del triángulo que describimos un poco más atrás. Para muchos autores, el consentimiento es el elemento más importante del contrato (14)

Para nosotros, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, y la obligatoriedad del contrato son categorías equivalentes que confluyen para concretar la verdadera finalidad del contrato: traficar riqueza en el mercado mediante el intercambio de bienes y servicios, y –sobre todo- con la menor intervención oficial posible. Esos tres elementos, recíprocamente subordinados, integran otro concepto importante: la seguridad jurídica, que no es otra cosa que aseguramiento del tráfico de la riqueza.

En segundo término, el Código se encarga de prescribir la libertad de contratación que, como ya dijimos, es núcleo central de la regla ‘*pacta sunt servanda*’. (conf., art. 958) (15) La doctrina define a esta ‘libertad’ como la facultad que tienen todas las personas de disponer los contenidos del negocio jurídico que van a celebrar. También incluye la libertad de no contratar o la de no contratar con determinado sujeto.

En definitiva, el art. 958 CCyC contempla los dos aspectos de la libertad más destacados por la doctrina. Primero, *se refiere a la libertad de contratar* (16) que, naturalmente, incluye la de no hacerlo o de hacerlo con un sujeto determinado y no con otro. Segundo, la norma contiene la noción de libertad contractual (17) que implica la facultad de negociar libremente los contenidos del acuerdo jurídico.

El art. 958 es clave dentro de la teoría tradicional porque garantiza que las partes, *libremente y sin intervención del Estado*, puedan establecer los contenidos contractuales obligatorios. Este texto legal, según nuestra visión, permite que la parte dominante imponga las condiciones del negocio y disimule esa coacción con la apariencia de una libertad que, en los hechos, es quimérica.

Finalmente, el art. 959 CCyC le asigna, como no podía ser de otra manera, obligatoriedad a los acuerdos celebrados entre los contratantes. (18)

Por su parte, el artículo 960 CCyC (19) actúa como cierre de toda la teoría contractual. Este texto legal prescribe que la contratación privada está exenta de la intervención de los magistrados quienes, salvo casos extraordinarios, no podrán modificar los acuerdos celebrados libremente por las partes.

En resumidas cuentas, el contrato paritario previsto en el Código Civil y Comercial, igual que el que fuera creado por Vélez Sarsfield hace casi ciento cincuenta años, gira en torno a las mismas reglas: (a) la libertad de contratación (autonomía de la voluntad); (b) la obligatoriedad del contrato (*pacta sunt servanda*); y (c) la no intervención de la contratación entre privados.

El Código actual, por más que sea presentado por sus autores como una criatura de providencial progresismo, mantiene la estructura triangular clásica. Se apoya en la existencia de una voluntad autónoma que permite la formación de un contrato libre y obligatorio cuyas consecuencias serán asumidas por un sujeto responsable.

Sin embargo, no está de más recordar que esta estructura solo resulta aplicable a los contratos paritarios, pero no a los contratos de consumo ni tampoco a los acuerdos predispuestos (contratos de adhesión). Naturalmente, esto no quiere decir que los contratos protegidos por leyes especiales o normas imperativas no sean obligatorios. Pero sí implica que a esos contratos no les serán aplicables las mismas reglas de la contratación paritaria.

Hace más de veinte años el Profesor Atilio Alterini nos advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una ‘modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones’. (20) Se provoca, entonces, una divisoria entre los contratos celebrados entre partes con similar poderío negocial y aquellos concretados entre

partes con profundas e irreconciliables desigualdades en su capacidad negociadora.

Estas nuevas fórmulas contractuales han empujado la creación de un Derecho más preventivo, más intervenido por el Estado y más atento a restaurar la libertad perdida del contratante débil que a fortalecer, aún más, la del contratante fuerte.

Al amparo de estas consignas, relativamente novedosas para nosotros, va tomando forma un derecho privado menos privado y más intervenido por la administración. Como dice Lorenzetti, el orden público avanza sobre numerosas situaciones que hace poco tiempo permanecían lejos de cualquier injerencia pública (21). En sentido similar, De Lorenzo nos habla de un Derecho que actúa corrigiendo desigualdades, y buscando un 'nuevo humanismo de los negocios' jurídicos de contenido patrimonial. (22)

Ello determina que, quizás por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, la aguja de balanza se comienza a inclinar lentamente en favor de la equidad en la vieja disputa dialéctica que esa regla mantiene con la seguridad jurídica. Es que, en definitiva, las relaciones jurídicas más protegidas determinan que el derecho privado sea menos seguro para el negociante fuerte pero más equitativo para el contratante débil. Esta protección equitativa del más débil se logra mediante una intervención estatal virtuosa que no procura oprimir a un sujeto sino equilibrar asimetrías (23)

A eso se resume la vieja lucha entre los partidarios de defender a ultranza la seguridad jurídica y quienes entendemos que esa regla debe estar siempre subordinada a la equidad en los tratos. Es una fuertísima puja de intereses económicos en la que únicamente se discute la distribución de riqueza entre los distintos sectores de la sociedad de consumo.

La libertad contractual reconcentrada sólo asegura el sometimiento de la parte débil a las condiciones económicas

ventajosas que impone la parte fuerte; la equidad busca, como decía Alterini, restaurar esa libertad atenuando la concentración de libertad una sola de las partes. En todo caso, habrá que empezar a ver a la equidad como una regla restauradora de la libertad antes que un obstáculo a la seguridad jurídica. Seguramente a eso se refiere Federico De Lorenzo cuando habla del actual predominio, en materia de contratos, del trato equivalente y equitativo sobre la libertad contractual (24)

El problema que todavía no terminan de asumir algunos doctrinarios es que las formas contractuales ‘no paritarias’ son abrumadoramente mayoritarias. Es muy probable que la generalidad de las personas pase la vida entera sin firmar un solo contrato paritario y firmando todos los días innumerables contratos predispuestos.

Nuestro entrañable amigo Waldo Sobrino no elude esta cuestión y critica sin atenuantes que el Código vigente comience el tratamiento de los contratos a partir del tipo paritario cuando, para ser sinceros, su injerencia es casi nula en el actual tráfico de bienes y servicios (25)

Referencias Bibliográficas:

(1) Esta disposición del Código derogado y su sucedáneo art. 959, 1º parte, del CCCN se relacionan con el denominado principio consensualista, el ‘solus consensus obligat’, que constituyó el último estadio de la evolución de la concepción del contrato moderno desarrollado durante siglos, desde por lo menos el derecho romano hasta el siglo XIX, cuando se consagró definitivamente la regla consensualista, es decir, el principio de que todo acuerdo válidamente celebrado obliga por sí mismo. En otros términos, el sólo consenso obliga, la palabra empeñada genera efectos jurídicos obligatorios y ello configura la base del sistema contractual. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código... Tº 3 C, p. 53-54).

(2) En este tiempo mi opinión, consecuentemente con lo que había escrito con anterioridad fue la siguiente: el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el Derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19, CN), como la de configurar el contenido del contrato, que un supuesto de derecho a ejercer una industria lícita (art. 14, CN) y la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43, CN). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La Ley, 2016, p.240).

(3) Como consecuencia de lo expuesto, al determinar la psicología y la economía que el consentimiento no es lógico ni racional, entonces desde la ciencia del derecho debemos reconocer que no existe el consentimiento con las características legales de un acto analizado, pensado y meditado. (Sobrino, Waldo, ¿Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019).

(4) Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como "racionalidad". (Chamatropulos, Demetrio Alejandro, ¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?, La Ley 19/10/2017, 19/10/2017, 3, Cita Online: AR/DOC/2783/2017).

(5) Durante décadas los psicólogos han mostrado gran interés por dos modos de pensamiento... El sistema 1 opera de manera rápida automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. El sistema 2 centra la atención en las actividades

mentales esforzadas que lo demandan, incluidos los cálculos complejos. Las operaciones del sistema 2 están a menudo asociadas a la experiencia subjetiva de actuar, elegir y concentrarse. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 35)

(6) El deber de información, tal como se encuentra regulado actualmente, apunta entonces a lograr una especie de "consentimiento informado", otorgado por un sujeto que "se supone" que toma decisiones de manera racional (*homo economicus*). Es decir, las normas parten del supuesto de que el deber de información (correctamente cumplido por los proveedores) garantiza, en cierta manera, "decisiones acertadas" de los consumidores. No obstante, la realidad cotidiana muestra lo contrario, pues, aun cuando se encuentren debidamente informadas, las personas toman a diario numerosas decisiones de consumo "incorrectas", apartándose, por lo tanto, de lo que se conoce como "racionalidad". Este fenómeno comenzó a ser advertido en las décadas de los 60 y los 70 del siglo pasado. En aquel momento, autores provenientes de la psicología cognitiva como Daniel Kahneman y Amos Tversky comenzaron a influir en la economía a través de la producción de evidencia científica (mediante distintos estudios de campo y trabajos sobre encuestas) que apuntaba directamente a cuestionar esa "racionalidad" en la toma de decisiones de los consumidores. Las investigaciones de los dos autores citados demuestran que las personas toman decisiones a través de dos sistemas. El primero es veloz, intuitivo y emocional, mientras que el segundo es lento, reflexivo y lógico. Explican que la mayoría de las decisiones diarias de las personas se toman en base al primer sistema, que funciona sobre la base de "atajos heurísticos" o procesos mentales de carácter intuitivo que llevan, con frecuencia, a cometer errores sistemáticos que se apartan de lo que se suele identificar como "racionalidad. (Chamatropulos, Demetrio Alejandro *¿Qué hacer ante las decisiones "no racionales" de los consumidores?*, Buenos Aires, La Ley 19/10/2017, Cita Online: AR/DOC/2783/2017).

(7) Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Debate, 2018, p. 35.

(8) La pregunta que más a menudo se hace sobre las ilusiones cognitivas es la de si pueden ser vencidas. El mensaje no es alentador.

Como el Sistema 1 opera automáticamente, y no puede ser desconectado a voluntad, los errores del pensamiento intuitivo son muchas veces difíciles de prevenir. Los sesgos no siempre pueden evitarse porque el Sistema 2 puede no tener un indicio del error. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 44-45).

(9) Mi siguiente observación es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresarios o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9

(10) Ariely, Dan, *Las trampas del deseo*, Francisco J. Ramos (trad.), Barcelona, 2009, p.9.

(11) Significa que lo pactado en los contratos tiene para las partes una fuerza obligatoria equivalente a la de la ley general. En esa obligatoriedad –dicen Alterini, Ameal y López Cabana – hay un profundo contenido ético: se debe hacer honor a la palabra empeñada y evitar mediante ‘el cumplimiento exacto de la obligación asumida que se dañe a otro mediante el incumplimiento’. Pizarro – Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil...*, T 1, p.28.

(12) Zannoni, E., Mariani de Vidal, M., Zunino, J., Shina, F., Ramos, G., *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p 285.

(13) Art. 957 CCyC Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

(14) Consentimiento. Es el elemento esencial por antonomasia del contrato y se lo puede describir, muy rudimentariamente, como la fusión de dos manifestaciones de voluntad, la oferta y la aceptación que son diversas y contrapuestas, pero que refieren a un contenido similar. (Esper, Mariano en, *Bueres (Dir.)*, Código T° 3 C, p. 34)

(15) Art. 958 CCyC Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

(16) Consiste en la posibilidad que cualquier persona humana o jurídica posee de celebrar un contrato o de no celebrarlo, como también de escoger con quién hacerlo. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código... T° 3 C, p. 45).

(17) Consiste en amparar la posibilidad de determinar el contenido negocial de un acuerdo contractual una vez que el interesado decidió libremente celebrar un contrato y con quien se vincularía jurídica o negocialmente. (Esper, Mariano en, Bueres (Dir.), Código... T° 3 C, p. 47-48).

(18) Art. 959 CCyC. Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

(19) Art. 960 CCyC. Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

(20) Pienso que, si bien el Derecho nuevo asume "la modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones" sobre la que alertó Baudoin, debe atender como corresponde a los distinguos entre los megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en situación de igualdad jurídica, y los contratos entre quienes son desiguales. En esta última categoría corresponde un régimen coherente de normas imperativas, por medio de "precauciones legislativas" tendientes a "la restauración de la libertad contractual del lado donde era amenazada", según expresión de Remy. Pero, entre iguales, lo convenido debe ser obligatorio en la medida en que resulte de un contrato discrecional, de gré à gré, como lo designa el art. 1379 del Cód. Civil quebequés de 1991. El único límite está dado por la concertación sobre objetos prohibidos o inidóneos, con finalidad ilícita o inmoral, en suma, la que transgrede normas de orden público, y acaso normas solamente imperativas como las que conciernen al vicio de lesión. (Alterini,

Atilio, Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno, Buenos Aires, La Ley, 1-01-2009, Citar online: AR/DOC/11425/2001).

(21) El ámbito público se ha contractualizado, ya que se han impuesto los análisis de Rawls en el derecho político y la base contractualista en las decisiones colectivas. Como ya lo hemos señalado, el origen de la ley es similar al de un contrato, porque requiere del consentimiento y del acuerdo. En el orden privado, inversamente, avanza el orden público en numerosas situaciones. Asistimos incluso a una diferenciación del orden público en distintos niveles: orden público de dirección, orden público de protección, orden público de coordinación. (Lorenzetti, Ricardo Luis, La influencia del derecho constitucional en el derecho privado, Buenos Aires, La Ley, Citar online: 0021/000093).

(22) El derecho privado vive tiempos de materialización, de corrección de las desigualdades a través de la construcción de las diferenciaciones. Mientras tanto, el contrato, de su lado, busca su nueva identidad entre los nuevos principios que lo orientan y la influyente penetración de los valores constitucionales, y particularmente del principio pro homine. Un proyecto de Código Latinoamericano de los Contratos puede constituir, sin lugar a dudas, una oportunidad para ir, más allá de un mercado común, hacia un nuevo humanismo de los negocios a través de una (re)personalización del derecho patrimonial. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

(23) Roberto Saba, siguiendo a Nino, denomina a esta forma de injerencia estatal como paternalista y la diferencia de la intervención perfeccionista que describe a un Estado totalitario que establece un plan de vida (perfecto) y que trata de imponerlo sobre otro que considera peor. Dicho de otro modo: se hace un distinguo entre las intervenciones estatales virtuosas y equilibrantes (paternalistas) y las injerencias viciosas o totalitarias (perfeccionistas).

(24) Este autor señala: Las regulaciones o interferencias permitidas más allá de las que tienden a evitar daños a la autonomía de terceros, son aquellas que buscan preservar la autonomía de la persona frente a

las amenazas que podrían provenir del propio individuo por decisiones que este tomara o pudiere tomar sin contar con la debida y necesaria información o que tomara en situaciones de debilidad de voluntad... Estas injerencias se denominan ‘paternalistas’. (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley, Buenos Aires, Sigo Veintiuno, 2018, p. 156).

(25) De este modo, mientras que en las relaciones contractuales paritarias es preeminente la garantía constitucional de la libertad contractual e, in primis, de no contratar o de hacerlo seleccionando al cocontratante según sus propias preferencias, en las relaciones de trabajo (arts. 17 y 17 bis LCT), de consumo, o de servicio público (art. 7, ley 24.240, art. 42 CN), en cambio —en las cuales se comienza a delinear un derecho contractual antidiscriminatorio— la preponderancia de los principios se invierte y tiende a prevalecer —aun con diferentes matices e intensidad— el deber a un trato equivalente, paritario y equitativo sobre la libertad contractual. El ejemplo sirve para poner de manifiesto que la (compleja) relación entre libertad contractual, igualdad y no discriminación no puede resolverse, sino a través de soluciones diferenciadas que se articulan según las características de la relación. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

Sin perjuicio de ello, no es menor el yerro metodológico de establecer las Disposiciones generales y principios de los contratos partiendo del casi inexistente contrato paritario, haciéndonos retroceder a 1871, con el Código de Vélez Sarsfield, y hasta —incluso— con el Código de Napoleón. (Sobrino, Waldo, ¿Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, Diario La Ley, 6 de marzo de 2019)

Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad

por Fernando E. Shina.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2787/2018

[Consultado el: 25/03/2022]

Sumario

I. Definiendo y describiendo la responsabilidad en la ciencia jurídica. — II. Las reglas económicas implicadas en la teoría general de la responsabilidad. — III. Los factores atributivos de responsabilidad. — IV. Hacia un sistema de responsabilidad más abarcativo. — V. La causalidad como sostén de toda la teoría general de la responsabilidad.

I. Definiendo y describiendo la responsabilidad en la ciencia jurídica

Vamos a empezar a desarrollar el concepto de responsabilidad a partir de una definición más o menos clásica para luego ir viendo las particularidades y pormenores de uno de los conceptos más trascendentes del derecho.

En su obra conjunta, Pizarro y Vallespinos se refieren a la responsabilidad como "...el sistema de normas y principios que regula la prevención y reparación del daño injusto" (1).

Esta escueta definición nos permite ver que la responsabilidad tiene una vinculación inescindible con otro concepto: el daño injusto. En efecto, la teoría general de la responsabilidad tiene dos objetivos primordiales. Uno, reparar el daño injusto, injustamente padecido por

un sujeto al que llamaremos "víctima". El otro, que ciertamente es más importante, consiste en prevenir los daños para evitar que ocurran.

Es que, si el sistema (es decir, el Estado) no actúa sobre la prevención de los daños y no crea mecanismos para obligar que ellos sean prevenidos y evitados, indirectamente estará tolerando que vuelvan a ocurrir. Así, no resulta difícil pronosticar que la situación dañosa ocurrirá tantas veces como el agente dañador pueda pagar su indemnización consolidándose, de esta manera, un sistema caracterizado por la insuficiencia individual de las indemnizaciones y por su escaso valor en términos sociales.

El verdadero desafío del sistema legal consiste en evitar que los daños ocurran; y si es inevitable que sucedan debe impedir que se repitan tan asiduamente. Esta tarea supera ampliamente a los sistemas indemnizatorios tradicionales cuyo anacronismo favoreció que los daños se extiendan en lugar de retroceder. Ello ocurre por una razón bastante sencilla de comprender: es mucho más económico pagar una indemnización que invertir en mecanismos preventivos del daño. Dicho en otras palabras: es más barato indemnizar a una víctima que hacer más seguro un producto.

Cuando las reglas de la economía prevalecen sobre los principios del derecho y la seguridad jurídica sobre la equidad, la noción misma de derecho se desvanece.

Fernando Ubiría, hablando específicamente de prevención de daño y su vinculación con el principio *alterum non laedere*, señala que si el sistema no obliga a prevenir los daños indirectamente los tolera, idea que resulta inaceptable en términos de equidad e incompatible con un sistema normativo que se precie de ser justo (2).

II. Las reglas económicas implicadas en la teoría general de la responsabilidad

Al presentar los principios más esenciales y genéricos de la teoría general de la responsabilidad, debemos reconocer que poco o nada hemos dicho que no se supiera. Pues no resulta difícil entender que quien padece un daño injusto tiene derecho a requerir, de quien se lo ocasionó, el resarcimiento legal correspondiente. Y tampoco es complejo entender que un sistema legal debe tener por finalidad prevenir que los daños ocurran o se repitan. Hay, sin embargo, mucho más que eso en la teoría general de la responsabilidad.

Para nosotros, la responsabilidad es, además de lo dicho, un mecanismo jurídico mediante el cual se permite una transferencia de tipo económico entre el patrimonio de un sujeto llamado agente dañador y el patrimonio de otro sujeto llamado víctima.

Veamos esto un poco más detenidamente. Un hecho dañoso, de cualquier naturaleza que sea, provoca un perjuicio económico que, como tal, puede ser tasado o calculado en valores dinerarios. Por ejemplo, si el daño consistió en un accidente habrá que analizar si hubo daños patrimoniales, físicos, morales, etc., siendo lo más probable que dicho accidente sea causa eficiente de todos esos daños. Luego, y aún con algunas dificultades, ese daño injustamente provocado por el agente dañador e injustamente padecido por la víctima puede ser tasado para calcularse cuál será la suma de dinero necesaria para compensarlo. Si no existiera ese mecanismo transferencial que describimos en el párrafo de arriba, todos los efectos económicos del daño injusto deberían ser soportados por el patrimonio de la propia víctima que lo padeció.

Esto nos permite sostener que la teoría general de la responsabilidad es una creación jurídica que permite que las consecuencias de un daño injusto no sean soportadas por el sujeto que las sufre (víctima) sino por quien las causa (agente dañador). Para que esa transferencia ocurra se establece que, bajo determinadas

circunstancias, las consecuencias económicas de un hecho dañoso sean soportadas por quien ocasionó el daño y no por quien lo padece.

Como corolario de esta transferencia patrimonial entre dos sujetos que hemos descripto, es posible y hasta podría decirse que es inevitable, pensar a la responsabilidad jurídica como una regla de la economía articulada, para su aplicación en el ámbito del derecho privado, por principios propios de la ciencia jurídica. Esta idea, por supuesto, no es original y ya fue tratada por importantes autores nacionales y extranjeros.

Pizarro y Vallespinos, citando a Díez-Picazo, señalan: "Decir que el daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes" (3).

Pues bien: en eso consiste la transacción económica involucrada en la teoría general de la responsabilidad.

III. Los factores atributivos de responsabilidad

Una vez explicado este sistema de raíz jurídica y articulación económica, cabe preguntarte: ¿en qué condiciones y bajo qué circunstancias se opera la transferencia patrimonial que describimos antes?

Nos anticipamos a decir que la primera condición es que el daño sea injusto. Esto quiere decir que no haya un motivo legal que lo justifique, porque si ese fuera el caso las consecuencias de ese daño legal no podrían ser endosadas a ningún otro patrimonio.

Esto significa, hasta donde hemos visto, que la transferencia patrimonial que explicamos requiere dos elementos esenciales: el primero es la existencia del daño que se quiere resarcir. El otro está

dado por la necesidad de que el daño sea injusto, en el sentido de que no haya ningún motivo legal que exima al agente de su obligación resarcitoria respecto del sujeto que ha padecido el daño.

Algunos autores, sin embargo, no hablan de daño injusto, sino de daño injustamente causado. Así, los citados Pizarro y Vallespinos sostienen: "Nosotros pensamos que la responsabilidad por daños plantea en esencia, no solo una cuestión de injusto padecimiento del daño, sino de injusta causación del mismo, y de la consiguiente atribución de sus consecuencias a un tercero: el responsable" (4).

Sin entrar a considerar en profundidad los pormenores implicados en dividir el daño injusto de la causación injusta, que más adelante esperamos desarrollar con mayor extensión, es posible coincidir en que la teoría general de la responsabilidad requiere, además de la existencia de un daño injusto, de un factor de atribución de responsabilidad, sin el cual no sería factible concretar la transferencia patrimonial implicada en la operación resarcitoria. Es decir, la operación indemnizatoria requiere que la ley autorice el endoso o, mejor dicho, atribuya a un sujeto la obligación de indemnizar a otro (5).

Esta última operación atributiva de responsabilidad, como puede fácilmente advertirlo el lector, es conocida en nuestro sistema normativo como factor atributivo de responsabilidad. Sin atribución de responsabilidad no se pone en marcha el mecanismo legal indemnizatorio. Y ello ocurre porque, como bien señala Matilde Zavala de González, sin factor atributivo no hay designación legal del obligado al pago de la indemnización (6).

La doctrina que venimos examinando se refiere a ella destacando: "Preferimos, por ende, hablar de daño injustamente causado, lo cual supone no solo que haya un detrimento sufrido por el damnificado de modo arbitrario, en derredor del cual se edifica el andamiaje de la responsabilidad por daños, sino también un

responsable a quien se atribuye las consecuencias dañosas que ha causado por su propio obrar, o por el hecho de terceros por los cuales debe responder o por el de las cosas de las que es dueño o guardián" (7).

Sin decirlo aún, los autores sostienen que los factores atributivos de responsabilidad son dos. Uno de tipo subjetivo y otro objetivo. El primero, asigna responsabilidad por el hecho propio (dolo o culpa) del agente dañador (8), mientras que el segundo alude a una atribución de responsabilidad objetiva que no se basa en el obrar del propio agente que responde, sino en acciones de terceros (dependientes del agente pagador) o en el riesgo implícito en las cosas que están bajo su guarda (9).

Para esta concepción, entonces, hay solo dos factores atributivos de responsabilidad; uno subjetivo y el otro es objetivo. No podemos soslayar que esta teoría tiene un apoyo muy firme en los arts. 1721 y 1722 normas que, expresamente, consagran el doble sistema atributivo de responsabilidad (10).

IV. Hacia un sistema de responsabilidad más abarcativo

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, a lo largo de este trabajo vamos a intentar explicar cómo esta concepción binaria de la responsabilidad ha sido superada a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Las nuevas tendencias en materia de responsabilidad civil son, con algunas reticencias, aceptadas por la doctrina. Es fácil advertir el advenimiento de una teoría general de la responsabilidad más orientada a la reparación del daño. Las corrientes escolares vanguardistas empiezan a entender que el daño es una cuestión social que, como tal, requiere una mayor injerencia del Estado tanto para prevenirlo como para exigir su reparación. La responsabilidad civil, que implica la reparación de los daños que cada uno de nosotros puede sufrir en su vida social es, definitivamente, una cuestión de agenda pública y política estatal.

Advertimos con beneplácito una renovada concepción del orden público que procura que la mayor cantidad de daños sean reparados evitando, de esta forma, la injusticia que supone la existencia de víctimas que no accedan a una reparación justa del daño que padecieron. La doctrina explica, acertadamente, que nos encontramos frente de una especie de socialización de los riesgos y una mayor objetivación de la responsabilidad. Los mecanismos de socialización de los riesgos han estimulado el desarrollo y transformación del derecho de daños, a punto tal que algunos creen ver el paso de una responsabilidad civil individualista a otra más socializada (11).

En sentido similar, pero referido a los daños que más se repiten en las sociedades modernas (accidentes de tránsito), Matilde Zavala de González sostiene que se debe avanzar hacia un sistema de reparación social que, a diferencia de los seguros privados que procuran dejar indemne el patrimonio del asegurado, se ocupen de la reparación integral de las víctimas de dichos accidentes (12).

Nosotros sostenemos que el Estado, a través de la creación de leyes apropiadas debe lograr que la mayor cantidad de daños sean reparados limitando, lo más posible, las eximentes de responsabilidad. O en su caso, buscar soluciones alternativas para que haya menos daños. El daño debe ser entendido no solo como un perjuicio individual sino también social. Zavala de González, con quien volvemos a coincidir, explica que el daño que primeramente recae sobre un individuo termina afectando, indefectiblemente, el funcionamiento de la sociedad (13).

La mayor injerencia del Estado en los negocios jurídicos privados es un fenómeno innegable que, sin embargo, no debe inquietarnos porque esa mayor participación oficial es absolutamente con el ámbito de libertad individual concebido desde la Constitución Nacional. Empero, esa libertad individual, para que no sea paródica, debe ser ajustada a las necesidades actuales de mayor protección de los sujetos más vulnerables del sistema (14).

En ese orden de ideas, no podemos soslayar un tema de gran importancia como es la participación de los jueces en estos procesos de cambio que, reiteramos, son impulsados desde la sociedad hacia el derecho. No nos parece abundante señalar que la mayor intervención legislativa debe ser acompañada por una complementaria actividad judicial. Pensamos que es hora de terminar con los modelos procesales de juez árbitro del pleito, en los cuales el magistrado se parece más a un umpire que dirige un apacible partido de tenis antes que a un funcionario de la República dotado, por la propia Constitución Nacional, de jurisdicción y competencia. Esos sistemas alientan una exasperante neutralidad del juez a la que llaman garantía del debido proceso y la contraponen con la figura del juez, supuestamente autoritario, que rechazan por ser antidemocrático (15).

El debido proceso es solo aquel que conduce a una sentencia justa; el objeto terminativo del procedimiento es el dictado de una sentencia justa antes que la pureza exagerada de un procedimiento. No hay debido proceso que culmine con una sentencia injusta, ni derecho procesal que prevalezca sobre el Derecho sustantivo. El derecho procesal está, en todos los casos, subordinado al derecho sustantivo de donde parten los principios generales. Mabel de los Santos, entre otros autores, señala esta dicotomía entre debido proceso y sentencia justa (16).

Las divisorias tajantes, sin embargo, nunca aclaran los temas difíciles y casi siempre dejan el debate en un interminable empate que suma más rencores que ideas. Es preciso buscar puntos de equilibrio pues, como bien dice Gustavo Calvino (autor que está más cerca de los sistemas de menor activismo judicial) deben buscarse líneas de equilibrio entre el intervencionismo judicial autoritario y la neutralidad exasperante y siempre funcional a quien menos necesita la protección del sistema. Así, Calvino dice: "Estamos de acuerdo en que el procesalismo debe dar respuestas para los casos urgentes y extremos. Y puede darlas perfectamente sin tener que llegar a extirpar la garantía del proceso. Demostraremos que una cosa no quita a la otra" (17).

Para nosotros, es preciso evitar que el procesalismo exagerado —moneda corriente en nuestro sistema procesal— eche por tierra los grandes propósitos del derecho. Porque, como bien dice Mabel de los Santos: "De este modo también varía el rol del juez en este nuevo esquema, pues la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto: 'la coherencia es a posteriori, no legislativa, sino judicial'; 'De allí que el nuevo Código contenga numerosas instituciones en las que se confieren potestades al magistrado, a los fines de la interpretación y aplicación de la ley y como sujeto que tiene a su cargo asegurar la operatividad del derecho sustancial" (18).

Con relación al llamado exceso de rigor formal en los procedimientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado su posición favorable a ser más flexible evitando que un formalismo excesivo termine siendo un obstáculo para lograr el dictado de una sentencia justa (19).

Pero volviendo al tema que estamos examinando, referido al ensanchamiento de la responsabilidad, en el sistema vigente encontramos casos en los que ni siquiera se admite como eximente de obligación de reparar a la ruptura del nexo causal. Veamos esto cuidadosamente.

El art. 1733, Cód. Civ. y Com. comienza estableciendo que "...[a]unque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos..." (20).

A nuestro modo de ver este texto legal le abre la puerta a una nueva concepción de la responsabilidad que excede el ámbito objetivo. El enunciado de la norma dispone que, en algunos casos que luego enumera, se vaya a privar al deudor de la eximente basada en la existencia de un caso fortuito. En otras palabras, pensamos que el

Código Civil y Comercial contempla en el art. 1733 supuestos de responsabilidad absoluta. Sin llegar a ese punto extremo, importante doctrina señala la importancia de esta norma destinada, a nuestro modo de ver, a producir grandes cambios en la teoría general de la responsabilidad.

Sebastián Picasso, con quien no coincidimos en el tratamiento que hace del art. 1733, Cód. Civ. y Com. (21), admite que la norma trae novedades de importancia relacionadas al tratamiento de los riesgos por desarrollo, tema sobre el que nosotros volveremos en los capítulos venideros (22).

Y algo parecido puede señalarse con relación al art. 1757 en tanto esta norma establece: "...Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".

En el caso del art. 1757, si bien la norma señala que existe una responsabilidad objetiva y que por la tanto están disponibles las eximentes causales, se restringe la posible exoneración porque no se permite que deudor alegue haber actuado conforme lo disponían las resoluciones administrativas específicas. Tampoco se admite, como eximente, invocar haber tomado todos los recaudos preventivos necesarios para evitar el daño. En estos supuestos, el ordenamiento jurídico parece alejarse del sistema de responsabilidad civil y acercarse a un método de seguridad social o de amortización colectiva del daño. Pizarro y Vallespinos describen a este fenómeno como "socialización del derecho de daños" (23).

Matilde Zavala de González le agrega a este planteo solidarista de la reparación de daños, que compartimos en líneas generales, un sistema de acciones de regreso que permite, a quien se encargó de

indemnizar a la víctima perseguir, por vía de la repetición de lo pagado, al "verdadero" dañador; es decir, a quien le correspondía hacerse cargo del daño injusto padecido por la víctima. De esta forma, se hace compatible un método de solidaridad social con otro que impute a quien corresponda las consecuencias de un daño injusto (24).

En pocas palabras: ni el obrar lícito del deudor, ni sus esfuerzos diligentes y preventivos para evitar el daño lo liberan de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1757 del Cód. Civ. y Com.

Este tipo de casos, donde hay un obrar lícito que no exime de responsabilidad se dan, con bastante frecuencia, en el ámbito de la farmacología cuando, por ejemplo, al salir a la venta un remedio se desconoce que posee uno o varios efectos adversos. Este desconocimiento hace que las autoridades federales autoricen su venta al público; empero, si luego llega a descubrirse que el remedio es nocivo, el laboratorio no podrá excusarse invocando que la venta del fármaco fue autorizada por la agencia oficial de contralor.

Esto nos permite afirmar que la a norma que analizamos ajusta un poco los términos de la responsabilidad objetiva al hacer responsable a quien ajustó su obrar a las normativas jurídicas vigente. En suma: en el actual sistema normativo se acentúa la existencia de u supuestos de responsabilidad sin antijuridicidad. Se trata, como dicen muchos autores nacionales, de supuestos de responsabilidad derivadas de hechos lícitos (25).

Más allá de los casos puntuales de la farmacología, el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. asume un rol de suma importancia cuando se examinan los daños que ocurren porque se permitió la entrada en el mercado de un bien o servicio que, al momento de su lanzamiento, se ignoraba su dañosidad. Para nosotros este artículo, que supone una innovación en la teoría general de la responsabilidad, es de suma importancia porque ejerce una potente función preventiva del daño. Ello así porque se concibe una forma de atribución de responsabilidad

a conductas que no son antijurídicas y que, por lo tanto, son en principio lícitas.

De esta forma se advierte, como bien señalan Vallespinos y Pizarro, un ensanchamiento de la noción de antijuridicidad, abarcando conductas que no son contrarias a ninguna norma jurídica.

Estamos, sin dudas, asistiendo a una época en donde la antijuridicidad material es más importante que la meramente formal siempre restringida y acotada a la prohibición de vulnerar una norma específica (26). Alcanza, como bien dice, Fernando Ubiría, que se introduzca un riesgo en la sociedad para que se pongan en marcha el sistema de responsabilidad objetiva (27). Finalmente, la ilicitud no se define como una violación normativa, sino como la concreción de un daño injusto. En eso consiste la primacía de la antijuridicidad material sobre la normativa que consagra el Código Civil y Comercial en el art. 1717 (28). El art. 1757 es coherente con el principio establecido en ese texto legal porque se concentra en el daño producido sin considerar, siquiera como atenuantes, las prevenciones, obviamente insuficientes, tomadas para evitarlo.

Así, según pensamos, el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. crea un fuerte estímulo para que los proveedores (sobre todo quienes producen productos para la salud) extremen sus investigaciones y recaudos antes de lanzar un nuevo producto al mercado, sabiendo que deberán responder incluso ante la falta de conocimiento real de la potencialidad dañosa del producto que ponen en el mercado (29). Es que, si la responsabilidad es verdaderamente objetiva resulta indiferente que se sepa o se ignore que el producto es dañoso; alcanza con que materialmente lo sea para encender los mecanismos resarcitorios (30).

El sistema exige no dañar injustamente al otro y esa exigencia es tan intensa que no alcanza ajustar la conducta a la norma para eximirse de responsabilidad. La obligación de prevenir los daños en el

sistema actual es un imperativo sustancial que no requiere un obrar antijurídico para que la omisión engendre responsabilidad.

Es en ese sentido que volvemos a compartir la opinión de Fernando Ubiría cuando señala: "A tenor de la literalidad del art. 1711, Cód. Civ. y Com., cabe preguntarse si en la dimensión preventiva (y a diferencia de lo dispuesto para la resarcitoria), se exige la comprobación de antijuridicidad. Consideramos que no... En todo caso, la transgresión normativa...será un dato relevante que podrá dar mayor fuerza, una más clara justificación a la adopción de medidas preventivas".

La norma en comentario incluye otra novedad de importancia: la inclusión de las actividades riesgosas como sustento de la responsabilidad objetiva. De esta manera, el sistema de responsabilidad deja de poner la lupa en los vicios o riesgos de la cosa y detiene la mirada en las actividades riesgosas.

El concepto de actividad riesgosa es, desde luego, más claro y abarcativo y que el de cosa riesgosa que, además, subsiste en la norma. En suma, la norma pone en un pie de igualdad, a los efectos de atribuir responsabilidad, que el daño se haya originado en los riesgos de la cosa o en los incorporados a la sociedad por medio de una actividad que es riesgosa en la medida que aumenta la posible ocurrencia de un daño. La norma es, a nuestro ver, muy acertada y la doctrina la recibió con buenos comentarios (31).

V. La causalidad como sostén de toda la teoría general de la responsabilidad

En el transcurso de las muy amenas reuniones que solía tener con el profesor Ubiría en su oficina de la Universidad Católica de Buenos Aires, en los días en lo que yo era un doctorando y él el director de mi tesis doctoral, Fernando solía decir algo que aún recuerdo: "En las ciencias sociales hay tres cuestiones esenciales que nunca deben perderse de vista: primero, los hechos, segundo los

hechos y tercero, los hechos". La anécdota no solamente describe la cordialidad y el humor de esos encuentros académicos, sino que pone sobre el tapete una verdad que, por más que parezca evidente, es harto difícil de descifrar con precisión. Ubiría, desde luego, no solo hablaba de los hechos, sino también de los hechos que los causan o anteceden. Es decir; hablábamos del inasible fenómeno causal, que como acertadamente dice Luis Horacio Cuervo, es la problemática más ardua del derecho (32).

Es que son los hechos y no las teorías los que nos llevan directamente a la causa que los engendran y sin la cual no existirían en este mundo. En resumen: el fenómeno causal, que describe la génesis de los hechos, es el punto más importante de la ciencia jurídica. Hasta podría decirse, en coincidencia con autores como Silvia Tanzi y Juan M. Papillú, que el dilema de la causalidad es el punto de encuentro más cercano entre la ciencia jurídica y la filosofía (33).

En efecto, alcanza con realizar un superficial estudio etimológico del término "causa", para caer directamente en el mundo de la filosofía. Ferrater Mora, en su famoso diccionario de filosofía enseña: "El término griego, traducido por causa tuvo originariamente un sentido jurídico y significó acusación o imputación" (34) . Este origen, por más que sea sumamente parcial e incompleto es relevante. Después de todo, la causa, en sentido figurado, acusa a un suceso de ocasionar a otro que, sin esa intervención, no se hubiera manifestado (35).

En el marco teórico más acotado de este trabajo vamos a estudiar a la causa en sentido jurídico. Para ello, será necesario simplificar el abordaje del tópico y centrarnos más en la relación de causalidad que en el fenómeno causal propiamente dicho.

Para el derecho, la causa es un elemento que vincula, en primer término, a un hecho con sus consecuencias y, en segundo lugar, con la imputación de esas consecuencias. Esto determina que, para el derecho, la relación causal es el elemento más importante en la

elaboración de una teoría general de la responsabilidad. Ello así, porque al atribuirle responsabilidad a un sujeto el sistema jurídico realiza, inevitablemente, un "corte causal" y determina que "esa causa" y no "otra causa" fue la determinante del suceso, y que fue ese sujeto y no otro quien debe hacerse cargo de sus consecuencias (36).

Como bien explicaba Llambías, hace ya mucho tiempo, el derecho ajusta el fenómeno causal a una noción de equidad para lo cual, arbitrariamente, acorta o alarga la secuencia causal para atribuir o eximir de responsabilidad (37).

Como señala Isidoro Goldemberg: "La relación de causalidad, en cambio, supone establecer el ligamen existente entre un acto y sus consecuencias. No interesa ya el substrato psíquico del obrar, sino su repercusión externa. De este modo, puede mediar relación causal adecuada entre el hecho de un inimputable y el daño por él ocasionado... La acción del agente constituye, de conformidad con lo ya expuesto, el factor unificador que aglutina los diversos elementos imbricados en el proceso de imputación: acto-sujeto-consecuencias, que desembocan en el instituto de la responsabilidad civil" (38).

Por su parte, Fernando Ubiría, al referirse al fenómeno causal explica que "[l]a relación causal consiste en el enlace material o físico que existe entre un hecho-antecedente (acción u omisión) y un hecho-consecuente (el resultado dañoso). Pero para que un resultado físico determinado —daño— sea imputable a la acción u omisión de un sujeto, según Llambías el derecho corrige o rectifica a la causalidad material según el prisma de la justicia, de lo que nace la causalidad jurídica" (39).

A su turno, Vallespinos y Pizarro señalan que "[l]a relación causal vincula jurídicamente, de manera directa, el incumplimiento obligacional o el hecho ilícito aquiliano con el daño, y en forma sucedánea e indirecta, a este con el factor de atribución. En el ámbito preventivo, también permite establecer un vínculo razonable y necesario entre la amenaza de daño y el hecho que la genera. Se trata

de resolver si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido (o sea imputado fácticamente) a una persona" (40).

Llambías, casi sin prolegómenos, va al punto que vincula las causas materiales con las obligaciones jurídicas. Vale la pena leer este párrafo por más que sea un poco extenso: "Para que surja la responsabilidad de alguien sea en área contractual como extracontractual, es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho del que aquel es autor y el daño sufrido por quien pretende su reparación. Ya hemos distinguido la causalidad material de la jurídica... Para apreciar la primera atendemos a las enseñanzas de la filosofía y según ella aceptamos que determinado daño es efecto de determinado acto humano. Pero ello todavía es insuficiente para definir si ese efecto dañoso debe ser reparado por el autor del hecho, que ha sido la causa material del daño, a título de responsabilidad suya. Para concluir en ese sentido es necesario que el derecho haya categorizado esa relación causal como jurídicamente relevante" (41).

Si analizamos con más cuidado las tres reflexiones tomadas de los doctrinarios citados, vamos a notar que en todas hay un común denominador que destaca: en el derecho la causalidad no pretende explicar el insoluble principio que categoriza a la causa como la "razón suficiente", sino que la ciencia jurídica prioriza la búsqueda de una relación imputativa para atribuirle las consecuencias de ese hecho a un sujeto.

Es por eso que Llambías distingue la causalidad material, cuyo examen más profundo atañe a la filosofía, de la causalidad jurídica que permite concluir que tal o cual hecho dañoso, por ser imputable a tal o cual sujeto, debe ser reparado por este.

El derecho examina las causas de un hecho para luego poder imputarle a un sujeto sus consecuencias. Pues bien; en eso consiste la responsabilidad: en atribuir las consecuencias de un hecho a un sujeto. Goldemberg ya había explicado esta relación inseparable que debe

existir entre la causalidad y la teoría general de la responsabilidad (42). Esto significa que sin un adecuado tratamiento del fenómeno causal la imputación —que es un fenómeno puramente jurídico— pierde sentido o, peor, se convierte primero en una cuestión discrecional y luego, inevitablemente, arbitraria.

La causa es un fenómeno complejo que requiere pasar el riguroso examen de por qué ocurren los hechos (causa eficiente) y para qué ocurren (causa final) (43). El resultado de un hecho responde a una cadena sucesos (fácticos y/o jurídicos) que lo anteceden y que deben ser analizados con detenimiento e inteligencia.

En muchas ocasiones es realmente difícil determinar, en medio de la sucesión continua de hechos (en eso consiste la vida), cuándo uno es causa de otro y no su consecuencia. En el ámbito de la educación escolar, por ejemplo, es muy común decir que los niños se desconcentran y muy poco frecuente decir que las clases son aburridas. Este sencillo ejemplo nos muestra la complejidad del asunto causal. Es posible que el niño sea 'desatento', pero también es posible que el tedio de una clase haya sido la verdadera causa del aburrimiento. Entonces, lo difícil es determinar si el niño tiene dificultades de concentración o si es el docente quien las tiene a la hora de afrontarla difícil tarea de educar. Lo mismo ocurre con los docentes, incluso del nivel universitario que, con gesto de inverosímil frustración, se lamentan del fracaso académico de sus alumnos sin preguntarse si el fiasco no fue, en verdad, más propio que ajeno.

Es muy fácil pensar, erróneamente, que un hecho ocurrió por otro con el que, en verdad, no tiene ninguna conexión causal.

Es por eso que cuando se realiza un análisis causal es muy importante no caer en lo que Daniel Kahneman (44) (Universidad de Princeton, Premio Nobel de economía, 2017) describe como una especie de "intuición causal". La causalidad intuitiva, a la que alude Kahneman, es un fenómeno de la conciencia que se pone en funcionamiento automáticamente en nuestra estructura el

pensamiento cada vez que analizamos una cadena de hechos. Esta "intuición causal" hace que realmente lleguemos a pensar que un hecho ocurrió por un antecedente (fáctico o jurídico) que, en verdad, no tiene ninguna conexión verificable con el hecho que analizamos.

Kahneman presenta, a modo de ejemplo de cómo utilizamos la intuición predictiva, una sencilla escena que ocurre en un parque de Nueva York. Este brillante autor nos muestra cómo elaboramos, sin ninguna evidencia comprobable, verdaderos guiones causales más parecidos a una ficción literaria que a una descripción fáctica idónea para explicar un suceso.

En la escena, el autor describe un paseo por un parque de Nueva York atestado de gente. Al finalizar la caminata, el protagonista advierte que le falta su billetera. El auditorio, integrado por alumnos universitarios, fue interrogado acerca de qué creían que había pasado con la billetera. En su gran mayoría, el auditorio conjeturó como primera hipótesis que un carterista le había robado la cartera al paseante.

El mecanismo de la "intuición causal" conectó —casi automáticamente— una gran ciudad, una multitud, las posibilidades de que entre los transeúntes haya uno o más carteristas, y un paseo distraído. Con esos elementos, intuitivos, se concluyó que un carterista, de los muchos que seguramente habría entre la multitud, aprovechó la distracción del paseante y le robó la billetera.

Lo singular del caso es que en el ejemplo ofrecido a los alumnos no había ni un solo indicio que, racionalmente, hiciera presumir la existencia de un robo. No obstante, pocos o ninguno de los participantes atinó a pensar que el paseante simplemente había dejado olvidada la cartera en el bar donde se detuvo a tomar un café (45).

Así funciona nuestra estructura de pensamiento: intuitivamente. Es importante saber esto porque los proveedores de bienes y servicios (que son los protagonistas excluyentes del actual

derecho de daños) lo saben y pueden (de hecho, es lo que hacen) "fabricar" escenarios causales que nos hagan pensar que un producto tiene capacidades que no tiene o que nos asegura una seguridad que, ciertamente, no puede asegurarnos. Coincidimos plenamente con Kahneman cuando afirma que "[e]s evidente que estamos predispuestos desde que nacemos a tener impresiones de causalidad que no dependen de razonamientos sobre patrones de causación" (46).

Sin embargo esta reflexión, por cierta que sea, no debe conforme. El fenómeno causal es determinante para que la teoría general de la responsabilidad funcione correctamente, ya sea para no imputar las consecuencias de un acto a quien solo parece ser su causa, como para evitar que una imputación intuitiva termine liberando a quien fue realmente la causa de un acto.

Veamos esto con un sencillo ejemplo de la vida cotidiana de cada uno de nosotros. Comprar un producto inseguro, porque se piensa que es seguro puede, según cómo se calibre el elemento axiológico, hacer responsable al adquirente que no tomó los recaudos para comprobar la seguridad del producto o al proveedor porque hizo creer que su producto no era inseguro.

Lo cierto es que el fenómeno causal requiere un estudio metódico y un conocimiento que no puede exigírsele al adquirente medio y que sí puede serle exigido al profesional que fabricó el producto.

No es suficiente para explicar un fenómeno causal lo que vemos a simple vista, o lo que parece ser de determinada forma. La confianza excesiva en lo que vemos o en lo que nos muestran es una de las cuestiones más distorsivas el fenómeno causal. La confianza aumentada por mensajes publicitarios hace muy difícil, cuando no imposible, precisar que algo es menos seguro de lo que parece, o de menor calidad que la que aparente. Vuelve a acertar Kahneman cuando señala: "La confianza que los individuos tienen en sus creencias depende sobre todo de la cualidad de la historia que pueden

contar acerca de lo que ven, aunque lo que ven sea poco. A menudo dejamos de tener en cuenta la posibilidad de que falte evidencia que podría ser crucial en nuestro juicio; lo que vemos es todo lo que hay" (47).

Ahora piense el lector en una publicidad o en una campaña publicitaria en la que el anunciante invirtió millones de dólares en crear una historia acerca del producto. El relato, desde luego, viene acompañado de imágenes que "evidencian" que lo que se dice coincide con lo que se ve. Así es como se crean las intuiciones causales.

Tiempo atrás, Lorenzetti advertía que las campañas publicitarias constituyen un mecanismo idóneo para manipular tendencias individuales y sociales (48). Por nuestra parte, en otro trabajo también señalamos los efectos distorsivos que las publicidades ejercen sobre la estructura del pensamiento. Allí explicábamos cómo, mediante una enorme campaña publicitaria, durante muchos años se hizo pensar a los fumadores que el mal llamado "tabaco light" tenía menor incidencia que el tabaco tradicional en el padecimiento de enfermedades como el cáncer. Así, millones de fumadores pensaban que sus cigarrillos de bajo contenido en nicotina y alquitrán eran menos nocivos que los cigarrillos regulares. Esto, por supuesto, no solamente resultó ser falso, sino que los proveedores de tabaco sabían perfectamente que estaban creando una conciencia falsa (49).

En sentido similar, Nassim Nicholas Taleb (1960, Universidad de Nueva York, Matemática-financiera), al referirse a como se analiza comúnmente el fenómeno causal habla de monstruosos errores que tienen particular repercusión en nuestra vida individual pero también en la política y en la economía de una sociedad. Este autor, afirma que construimos historias causales completamente equivocadas y luego, sobre la base de ellas, tomamos las decisiones más importantes de la vida. Es preciso entender que si no analizamos adecuadamente el fenómeno causal todas nuestras decisiones serán, en el mejor de los casos, equivocadas y en el peor, catastróficas (50).

Pero volviendo a nuestro tema más concreto, no debemos olvidar que el derecho, a diferencia de la naturaleza, puede decidir arbitrariamente cuándo y cómo vincular a un sujeto con un hecho o un acto dañoso y luego hacerlo responsable de sus consecuencias.

A ese fenómeno jurídico se lo llama "factor atributivo de responsabilidad". Es muy importante que los operadores jurídicos sepan por qué y para qué se aplican factores atributivos de responsabilidad en forma más amplia o más acotada. También es importante entender que aumentar los factores objetivos de atribución o hacerlos más severos, obstaculizando las eximentes de responsabilidad objetiva, es una cuestión que depende exclusivamente de la agenda política legislativa y también judicial. Si un gobierno determinado considera que más daños de los que ocurren en la sociedad deben ser reparados, más objetivos serán los factores de atribución de responsabilidad. Es decir: cuanto más objetivo sea el factor de atribución, más indemnizaciones habrá y menos eximentes de responsabilidad serán admitidas.

En definitiva: el derecho de daños está subordinado a un programa político determinado que, desde luego, puede variar con el tiempo. Si se analiza esa evolución en nuestro ordenamiento jurídico, desde la aparición del código velezano (1871) pasando por la reforma de la ley 17.711 (1968) hasta la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial (2015), se observará que los factores objetivos de atribución de responsabilidad han aumentado sin parar. Como señala Ubiría, es el legislador el que evalúa las necesidades de la sociedad y dicta las leyes sobre la responsabilidad que mejor se adapten a esa sociedad en ese momento determinado (51).

Y, nos atrevemos a pronosticar, los factores objetivos seguirán avanzando porque el límite para incrementarlos no es una regla de la ética sino de la economía de cada país. Así, serán indemnizables todos los daños que el sistema pueda absorber sin poner en peligro al propio sistema. Esta condición, que subordina la responsabilidad jurídica a la macroeconomía de cada país explica, en

parte, porque los daños punitivos son tan elevados en países como Estados Unidos y tan bajos en el nuestro.

En Argentina, además de un ajusticia muy conservadora y poco conocedora del derecho comparado que siempre criticamos, hay razones macroeconómicas que hacen imposible que las empresas que soporten un peso demasiado severo de los daños punitivos. Sin embargo, es innegable que en la actualidad se atribuye responsabilidad por hechos que antes no engendraban ninguna obligación resarcitoria; es indudable que se ha ampliado el universo de sujetos responsables. Como bien señala Ubiría: "Las razones para imputar responsabilidad se encuentran ligadas a profundas concepciones socioculturales, políticas y económicas, por lo que el torbellino del siglo XX provocó la paulatina mutación de ciertas estructuras del sistema de responsabilidad civil, que se fue transformando lentamente en el actual derecho de daños" (52).

Veamos un ejemplo vulgar para resumir lo que venimos desarrollando en este extenso tópico. El hecho de que un rayo parta al medio un automóvil es un fenómeno de la causalidad material; pero, obligar a que un sujeto a que pague los daños causados por el rayo es un fenómeno jurídico de tipo imputativo o atributivo de responsabilidad.

La cuestión más relevante para la ciencia jurídica en general y para la teoría de la responsabilidad en particular es determinar qué relación causal-imputativa tiene el hecho dañoso con quien lo padece y con quien debe repararlo. La clave de la teoría general de la responsabilidad son los factores atributivos de responsabilidad porque ellos se encargan de imputar o atribuir condición causal a determinado hecho (53).

Solo resta, para concluir este punto, determinar qué criterios utiliza la ley para determinar que un hecho determinado es causa de otro. No se trata de determinar la causa propiamente dicha, sino de

establecer nexos causales para determinar que un hecho es causa de otro (54).

En ese sentido, y sin perjuicio de hacer un desarrollo más extenso un poco más adelante, se puede anticipar que el sistema que utiliza nuestro Código Civil y Comercial para establecer el nexo causal se enrola dentro de la teoría conocida como 'causalidad adecuada' y que es receptada por el art. 1726, Cód. Civ. y Com.

Para Ubiría la causalidad adecuada consiste en establecer una relación de previsibilidad o de posible ocurrencia entre un hecho antecedente y una consecuencia (55). Habrá, entonces, causa adecuada cuando el hecho antecedente, de común, produce la consecuencia. Ese encadenamiento sucesivo y repetido entre el hecho antecedente y la consecuencia determina que el primero sea causa adecuada del segundo.

Este tema, que es netamente jurídico, resulta ser el de mayor importancia en la teoría general de la responsabilidad. Es que, si no se examina correctamente el nexo causal se corre peligro de atribuir a una persona las consecuencias de un acto o de una situación que corresponde ser asumida por otro sujeto (56).

Referencias Bibliográficas:

- (1) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, t. 1, p. 6.
- (2) "En sintonía con anterior principio —que lo comprende y desborda—, la prevención también identifica, ordena y orienta al sistema en torno a la adecuada contemplación de su eje: en este caso el mandato consiste específicamente en anticiparse y evitar el acaecimiento del perjuicio... Se razona con acierto que, si el sistema permaneciera impávido ante la inminencia de un daño o de su agravación, si solo se 'activara' cuando se produce el perjuicio,

importaría tanto como crear el derecho de perjudicar..." (UBIRÍA, Fernando A., "Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 32).

(3) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 12.

(4) Ibidem, t. I, p. 10.

(5) "El factor de atribución es el elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 40).

(6) "Los factores de atribución son razones que justifican la responsabilidad, al evidenciar como justo que el daño sea prevenido o reparado por determinadas personas. Constituyen la explicación axiológica de la obligación de resarcir el perjuicio. En su virtud dirigen esa obligación hacia determinados sujetos: apuntan a quién debe responder. Por eso, no hay atribución de un daño al responsable — según dice el precepto comentado, sino atribución de la una obligación de repararlo—" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. 1, p. 594).

(7) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 11.

(8) "Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa (art. 1724). En nuestro sistema, ambos presuponen que el agente sea autor material del ilícito contractual o del incumplimiento obligacional, y la causa inteligente y libre de ese comportamiento" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 40).

(9) "Los factores objetivos de atribución... se caracterizan por fundar la atribución del hecho ilícito stricto sensu o de incumplimiento obligacional en parámetros objetivos de imputación, con total abstracción de la idea de culpabilidad. De allí que la denominada responsabilidad objetiva sea mucho más que mera responsabilidad sin culpa: ella tiene un elemento positivo, axiológico,

que la justifica y determina su procedencia. Comprende supuestos de responsabilidad tanto por autoría propia como por autoría ajena" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 41).

(10) "Art. 1721.— Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa. Art. 1722.— Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario".

(11) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 56.

(12) "En siniestros graves y reiterados, como los producidos en la circulación automotriz, procede sustituir, o al menos complementar sin desnaturalizarlo, el seguro obligatorio de responsabilidad civil, que tiene prioritariamente en vista la protección económica del asegurado por otro autónomo, para tutelar ante todo a las víctimas" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., t. 1, p. 147).

(13) Ibidem, t. 1, 147.

(14) "Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado tienden, en estos temas, a diluirse sensiblemente. Asistimos hoy a un fenómeno de relevante aproximación entre el derecho civil... y el derecho constitucional. Poco importa la denominación... La compatibilidad es absoluta y todos los aportes... conducen a similares resultados. Finalidad perseguida: asegurar y garantizar eficazmente la tutela de los derechos humanos, en todas sus manifestaciones" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, ps. 45-46).

(15) "En verdad, ciertas figuras que se instauran buscando celeridad a toda costa solo pueden lograr sus fines por medio de actos de autoritarismo —y no de autoridad—. El precio de la rapidez se paga suprimiendo o restringiendo el derecho fundamental de defensa en juicio y desterrando la garantía del proceso. El común denominador de estas creaciones que solo son procedimiento, tal como expresáramos, es el agravante de que su resolución afectará a

una persona ajena al trámite. En consecuencia, se verá perjudicada por la conculcación de su derecho de defensa en juicio o por la necesidad de ejercer su derecho de acción procesal para demostrar su inocencia" (CALVINHO, Gustavo, "La procedimentalización posmoderna", Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 39, 2013, ps. 11-31).

(16) "Conforme una segunda interpretación, existe un debido proceso si este está construido de modo tal que, además de asegurar la efectividad de las garantías, se logren obtener decisiones justas. Desde esta óptica no es posible reducir la justicia de la decisión a la corrección del procedimiento del que ella se deriva. La justicia de la decisión depende de la concurrencia conjunta y necesaria de las siguientes condiciones: a. que la decisión sea el resultado de un proceso justo, en el que se hayan respetado las garantías procesales, b. que haya sido correctamente interpretada y aplicada la norma que ha sido asumida como criterio de decisión, pues no puede ser considerada justa una decisión que no haya sido dictada conforme a derecho y c. que se funde en una determinación verdadera de los hechos de la causa, ya que ninguna decisión puede ser justa si se funda en hechos erróneos" (DE LOS SANTOS, Mabel A., "El debido proceso ante los nuevos paradigmas", Ed. La Ley, Buenos Aires, 09/04/2012, LLBA, 2012-B-1062).

(17) CALVINHO, Gustavo, ob. cit., ps. 11-31.

(18) DE LOS SANTOS, Mabel A., "Razones de la inclusión de normas procesales en el Código Civil y Comercial", LLBA, 15/11/2017, cita online: AR/DOC/2684/2017.

(19) "Previamente al examen de las pruebas recibidas, la Corte precisará los criterios generales sobre valoración de la prueba y algunas consideraciones aplicables al caso específico, la mayoría de los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal. Con respecto a las formalidades requeridas en relación con el ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y [...] esta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se

conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. En un tribunal internacional como es la Corte, cuyo fin es la protección de los derechos humanos, el procedimiento reviste particularidades propias que le diferencian del proceso de derecho interno. Aquel es menos formal y más flexible que este, sin que por ello deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. 51. Lo anterior permite al Tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala", sentencia de 25 de noviembre de 2000, consid. 95 y 96).

(20) Art. 1733, Cód. Civ. y Com.: Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. "Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito".

(21) El autor, al comentar el art. 1733 del Cód. Civ. y Com. conecta, creemos que erróneamente, el caso fortuito con el vicio de la cosa y así presenta diversos ejemplos en los que se dan una combinación de un hecho ajeno (la tormenta, niebla) con un vicio de la cosa (defecto del sistema de frenos del automóvil, vicio en el sistema de iluminación). Para nosotros, la imposibilidad de alegar el caso fortuito no está, en el caso del inc. e) del art. 1733, relacionado con vicios de la cosa sino con el riesgo. El riesgo que asume el conductor en el medio de una tormenta es que el automóvil frene y si no puede hacerlo, por efecto de la inusual lluvia, por más que el sistema de frenos esté en perfecto estado, no podrá alegar el casus.

Veamos el ejemplo que propone Picasso para que se entienda mejor la crítica que le formulamos: "Por caso, no hay ajenidad, v.gr., si un automóvil se desplaza y daña a un tercero en el contexto de una fuerte tormenta, pero la imposibilidad de controlar el vehículo obedece también a un vicio de los frenos, o si la colisión es desencadenada en medio una intensa niebla, pero el automotor carecía de luces suficientes, o si una lancha que sufre un desperfecto técnico naufraga y causa la muerte de un pasajero..." (ver PICASSO, Sebastián - CICCHINO, Paula en BUERES [dir.], "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3-F, p. 405). Nosotros pensamos que, en los dos ejemplos dados por el autor, la responsabilidad objetiva no depende ni se conecta de ningún modo con el estado de los frenos del vehículo ni con el sistema de iluminación, ni con los desperfectos de la embarcación. Es que, a nuestro ver, por más que el sistema de frenos y el de luces estuvieran en perfecto estado no se podría alegar el caso fortuito porque el artículo que comentamos impide, precisamente, esa invocación en los casos dados en los ejemplos. En síntesis, nosotros sostenemos, a diferencia de Picasso y Cicchino, que el vehículo debe frenar por más que llueva y, en todo caso, asume el riesgo (y sus consecuencias) de que se produzca una lluvia inesperadamente intensa que haga imposible el frenado. Y lo mismo cabe decirse del segundo ejemplo referido al naufragio de la lancha. En definitiva, hacemos esta crítica porque vemos que el tratamiento que propone el autor esteriliza la norma porque hace depender su aplicación de la existencia de un vicio de la cosa, extremo que la norma no requiere.

(22) "En segundo lugar, la exterioridad también impide alegar como caso fortuito un hecho que constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad, según resulta del art. 1733, inc. e) del Cód. Civ. y Com... La introducción expresa de esta última precisión en el Código Civil y Comercial tiene para nosotros una importante incidencia en —al menos— dos situaciones que hasta ahora habían suscitado posturas contrapuestas en la doctrina y la jurisprudencia. Nos referimos a los denominados 'riesgos de desarrollo' y a la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias"

(PICASSO, Sebastián - CICCHINO, Paula en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, ps. 405-406).

(23) "En este marco los principios y las funciones mismas de la responsabilidad civil son controvertidos, pues en tales ámbitos de dañosidad, se implementan mecanismo de socialización del riesgoso, más aún, de seguridad social destinados en primer lugar mitigar el rigor de tales detrimentos, a través de una cobertura más o menos inmediata, a cargo de un responsable solvente, y en segundo término a diluir el costo del daño estadísticamente previsible en toda la comunidad o en una parte importante de la misma. La socialización de ciertos riesgos y del perjuicio estadísticamente previsible que dimana de los mismos. En tales supuestos, dice Tunc, particularmente cuando se trata de daños corporales, la responsabilidad civil tiene papel puramente secundario" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 55).

(24) "Algunos se preguntan si la responsabilidad por daños desaparecerá cuando, con el recurso de los impuestos, la sociedad repare todos o casi todos los perjuicios que sus miembros sufren injustamente. Un sistema de seguro social llegaría a reemplazar al régimen tradicional de responsabilidad... Esta solución, lejana en términos generales y quizás utopía, no eliminará los principios básicos de la responsabilidad por daños, que seguirán funcionando para un resarcimiento pleno —sobre todo si hay culpa— o siquiera para la acción de repetición contra el verdadero obligado a asumir, en definitiva, la cara de la indemnización" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., t. 1, ps. 46-47).

(25) "En estos últimos supuestos la falta de antijuridicidad no obsta a la posibilidad de resarcimiento, pues a veces, por distintos motivos, el ordenamiento jurídico no deja a la víctima librada a su suerte y descarga las consecuencias dañosas en un tercero o en toda la comunidad por medio del Estado, pese a no poderle formular juicio de antijuridicidad alguno en su conducta" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 238).

(26) "En materia de antijuridicidad hemos pasado de un sistema que tomaba como paradigma a la antijuridicidad formal a otro que pone epicentro en la antijuridicidad material. Una acción es

formalmente antijurídica cuando contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente dispuesta por la ley. La antijuridicidad material, en cambio, tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 39).

(27) "La misma línea sigue el nuevo Código a tenor de la redacción de sus arts. 1757/8, que le confieren al riesgo creado un marco fáctico aún más extenso pues también corresponde —ahora de manera expresa— a las actividades riesgosas. En efecto, resulta suficiente con que se introduzca en el medio social un factor generador de riesgo para terceros para que deba responderse objetivamente, se beneficie o no el sujeto. La responsabilidad se sostiene en por la misma generación del riesgo, no por el eventual beneficio que se derive de ella, de cualquier tipo" (UBIRÍA, Fernando A., ob. cit., p. 199).

(28) "Siguiendo las tendencias antes aludidas, el Código Civil y Comercial consagra una antijuridicidad objetiva y material. En efecto, el art. 1717 establece que es ilícita cualquier acción u omisión que ocasione daño, con lo que para se configure este presupuesto basta con que se viole el deber genérico de no dañar al otro. Así las cosas, ya no existe ninguna deuda en cuanto a que la ilicitud civil, a diferencia de la penal, es atípica, pues no es necesario que la ley describa, en cada caso, con detalle, la conducta prohibida" (CALVO COSTA, Carlos - SÁENZ, Luis R. J., "Obligaciones. Derechos de Daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 125).

(29) "Muchas veces, en los supuestos en que se repute responsabilidad a quien ejecuta, se sirve u obtiene un provecho de una actividad peligrosa o riesgosas, resulta difícil determinar con exactitud a qué causa en particular se debe el perjuicio generado. Sin embargo, sí puede ocurrir que sea claro e indudable que el daño sufrido por la víctima deviene como consecuencia de la actividad desplegada, o ello pueda inferirse de las características del hecho ilícito" (LUCCHESI, Mauro - SÁENZ, Luis, en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, p. 611).

(30) "El defecto existe al momento de la introducción en el mercado, sin que en nada modifique dicha conclusión el hecho de que el estado de los conocimientos técnicos o científicos no permita detectarlos. De allí que deberían distinguirse dos realidades que no pueden ser confundidas: una cosa es la existencia del defecto y otra, muy distinta, la posibilidad de conocerla. Esto último, dentro de un contexto de responsabilidad objetiva, nada agrega o quita a la defectuosidad genética del producto" (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. II, p. 494).

(31) "La incorporación de esta fattispecie de la responsabilidad extracontractual constituía un arduo reclamo de la doctrina a lo largo de las últimas décadas, y las razones de su incorporación aparecen innegables: quitarle a la responsabilidad por riesgo el corset de la necesidad de que intervenga una cosa viciosa o riesgosa en el hecho ilícito para ser resulta aplicable este factor de atribución. Es que, muchas veces, la responsabilidad por riesgo no se circunscribe a la noción de cosa riesgosa, pues el peligro no emana tanto de la cosa que interviene en el suceso, sino que el riesgo deriva de ciertas actividades. La responsabilidad por la actividad riesgosas busca superar, entonces, el rígido marco de la exigencia de una cosa como presupuesto necesario para la configuración de la responsabilidad objetiva" (LUCCHESI, Mauro - SÁENZ, Luis, en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, p. 611).

(32) "El problema de la relación de causalidad en el derecho de daños, siempre ha cautivado a la doctrina y ha dificultado el trabajo de los jueces por lo complicado que resulta su estudio y análisis, dificultad que ha hecho a muchos afirmar que es la problemática más ardua en el campo del derecho, una galería de espejos invertidos, una selva, un laberinto, una cuestión insoluble, sin perjuicio de lo cual, el problema ha constituido a través de la historia... un verdadero desafío que resulta necesario afrontar" (CUERVO, Luis H., "La relación de causalidad y la previsibilidad contractual en el Código Civil y Comercial", en Revista RYD República y Derecho, ISSN 2525-1937, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2017).

(33) "La noción de causalidad trasciende el ámbito de la responsabilidad civil como también la de derecho en general. Se

proyecta a filosofía, la física, las matemáticas, a lo jurídico, etcétera. Es sabida la complejidad que encierra este presupuesto de la responsabilidad civil, lo que ha dado lugar a que muchos autores lo calificaran como un problema insoluble, complejo, tormentoso, angustioso, enigmático, multiforme, ambiguo o de extrema dificultad, entre otras calificaciones que se orientan en el mismo sentido" (TANZI, Silvia - PAPILLÚ, Juan en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, ps. 314-315).

(34) FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", Ed. Ariel Filosofía, Barcelona, 2004, t. A-D, p. 510.

(35) "Como la causa permite explicar que un cierto efecto se ha producido, se supuso muy pronto que la causa era, o podía ser, asimismo una razón o motivo de la producción del efecto. Las ideas de causa, finalidad, principio, fundamento, razón, explicación y otras similares se han relacionada entre sí con mucha frecuencia, y en ocasiones se han confundido" (ibidem, t. A-D, p. 511).

(36) "Existe consenso en la doctrina en señalar que hay que romper la cadena de causalidad en algún eslabón, para no llegar tan lejos que nos coloquemos —al decir de Lafaille— fuera del campo jurídico. Es obvio que las dificultades se presentarán a la hora de determinar dónde se hace el corte del desarrollo de los acontecimientos" (TANZI, Silvia - PAPILLÚ, Juan en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, p. 314).

(37) "Pues ya sabemos, el derecho guiado por el prisma de la justicia acorta o alarga esa relación causal, para la consecución de sus fines" (LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1982, t. 3, p. 713).

(38) GOLDEMBERG, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 40.

(39) UBIRÍA, Fernando, ob. cit., p. 136.

(40) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. I, p. 341.

(41) LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., t. 3, p. 713.

(42) "Antes de establecer cuándo un individuo debe responder jurídicamente por un resultado... es necesario precisar si tal consecuencia ha sido efectivamente producida por su acción u

omisión, es decir, hay que examinar la atribución material... Una cosa es que el efecto pueda ser referido a la actuación de una persona y otra muy diferente el juicio de demérito que suscite ese comportamiento" (GOLDEMBERG, Isidoro, ob. cit., p. 40).

(43) Goldemberg, analizando la teoría metafísica de Aristóteles explica: "Es, sin embargo, con Aristóteles que puede situarse el inicio del llamado 'casualismo científico'... Todo efecto, de acuerdo con su pensamiento, ha de ser producido por algo o por alguien (causa eficiente), para algo (causa final), de algo (causa material) y con introducción de algo". GOLDEMBERG, Isidoro, ob. cit., p. 3.

(44) Daniel Kahneman (Tel Aviv, Israel, 5 de marzo de 1934) es un psicólogo de nacionalidades estadounidense e israelí. En 2002, juntamente con Vernon Smith, fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por haber integrado aspectos de la investigación psicológica en la ciencia económica, especialmente en lo que respecta al juicio humano y la toma de decisiones bajo incertidumbre.

(45) Léase esta frase: "Después de pasar un día contemplando hermosas vistas en las calles atestadas de Nueva York, Jane descubrió que había perdido su billetera. "Cuando las personas que habían leído esta breve historia (junto con muchas otras) se las sometió por sorpresa a un test de memoria, la palabra 'carterista' apareció a la historia mucho más que la palabra 'vistas', a pesar de que esta última figuraba en la frase y la primera no. Las reglas de la coherencia asociativa nos dicen lo que sucedió. El caso de una billetera perdida pudo evocar muchas causas distintas: la billetera se cayó del bolso, quedó olvidada en el restaurante, etcétera. Sin embargo, cuando las ideas de una billetera perdida, Nueva York y la gente se yuxtaponen, conforman juntas la explicación de que un carterista fue la causa". KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Joaquín CHAMORRO MIELKE (trad.), Ed. Debate, Barcelona, 2018, p. 105.

(46) Ibidem, p. 106.

(47) Ibidem, p. 120.

(48) "La inducción de conductas por miedo de la publicidad es un tema de la mayor importancia en el mundo actual, y un amplio campo de desarrollo en la responsabilidad civil. La publicidad puede actuar

incentivando pulsiones inconscientes del individuo a los fines de orientarlo en determinado sentido, a lo cual se agrega la falta de información" (LORENZETTI, "Consumidores...", ob. cit., p. 189).

(49) "Uno de los principales problemas que enfrentamos como consumidores es que la publicidad ocupa el lugar de la información, y termina anulando el derecho a ser informados. Dicho de otro modo; si la persona que hace la publicidad de un producto es la misma que nos debe informar sobre las limitaciones de ese producto, el consumidor jamás va a estar correctamente informado. Porque la finalidad del fabricante es vender el producto, no informar que el producto que vende tiene ciertas limitaciones. En cierta medida, la mayor información limita las ventas..." (SHINA, Fernando, "Sistema legal para la defensa del consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 36).

(50) "Pero actuamos como si fuéramos capaces de predecir los hechos o, peor aún, como si pudiésemos cambiar el curso de la historia. Hacemos proyecciones a treinta o más años del déficit de seguridad social y de los precios del petróleo, sin darnos cuenta de que ni siquiera podemos prever unos y otros para el verano que viene. Nuestros errores de previsión acumulativos sobre los sucesos políticos y económicos son tan monstruosos que cada vez que observo los antecedentes empíricos tengo que pellizcarme para verificar que no estoy soñando. Lo sorprendente no es la magnitud de nuestros errores de predicción, sino la falta de conciencia que tenemos de ellos" (TALEB, Nassim N., "El cisne negro", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2018, p. 27).

(51) "El legislador 'capta' la realidad de la sociedad en la que vive, y en conocimiento de la dañosidad de su momento histórico consagra un sistema normativo de responsabilidad civil que será idóneo si resulta justo y eficiente, si sirve, alentando el progreso y el bien común" (UBIRÍA, Fernando, ob. cit., p 162).

(52) Ibidem, p. 162.

(53) "Desde el punto de vista filosófico la causa es el conjunto de los factores o fuerzas concurrentes que produce un determinado resultado. Sin embargo, en el ámbito del derecho no puede aplicarse tal concepto ya que, de hacerlo, todos seríamos responsables de todo

y a nadie podría atribuírsele por completo un daño. Por ello, desde este punto de vista —del derecho— será necesario escoger de entre todas las condiciones cuál será erigida a la calidad de causa" (TANZI, Silvia - PAPILLÚ, Juan en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, p. 318).

(54) "La relación de causalidad, como hemos visto, tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un resultado —un evento dañoso y sus consecuencias— puede ser imputado objetivamente a una persona como su autor; esto es, puede ser atribuido materialmente y de modo jurídico relevante a la acción u omisión de un sujeto, o a un hecho o cosa por las que debe responder" (MÉNDEZ SIERRA, Eduardo en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, p. 271).

(55) "También parte de la base que no es cierto que todas las condiciones sean equivalentes, pues tienen eficacia distinta: una causa adecuada (idónea, apta) a su efecto de acuerdo con la probabilidad de producirlo, según lo que sucede corrientemente, con normalidad o regularidad. El análisis entonces se practica a la luz de la previsibilidad desde el plano 'abstracto' o teórico, según el curso ordinario de las cosas (a diferencia de la *conditio sine qua non*)" (UBIRÍA, Fernando, ob. cit., p. 144).

(56) "Es necesaria y fundamental la existencia y acreditación de la relación de causalidad ya que de otro modo se estaría atribuyendo a una persona, el daño causado por otra o por la cosa o actividad de otro. Es inadmisibile que la reparación del daño deba ser soportada por quien no ha contribuido a su realización" (MÉNDEZ SIERRA, Eduardo en BUERES [dir.], ob. cit., t. 3-F, p. 314).

Nuevas tendencias en materia de contratos. Hacia un contrato menos libre, pero más justo

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF190083

[Consultado el: 05/10/2021]

a) Contratos menos libres, pero más justos.

En línea con lo señalado en anteriores trabajos, podemos afirmar que la mayoría de los contratos que se celebran en la actualidad son contratos de consumo. Estos tipos contractuales están protegidos por una ley especial (Ley n° 24.240) y no están regulados por las reglas del contrato paritario (1).

Asimismo, el Código Civil y Comercial (arts. 1092 a 1122) regula los contratos de consumo con las mismas protecciones que la ley 24.240. Este predominio tan marcado de las relaciones de consumo determina, como efecto inmediato, un marcado retroceso de la regla *pacta sunt servanda* y de la regla de libertad contractual que ya no tienen la gravitación que tuvieron hasta la segunda mitad del siglo XX. Ello así, porque estos contratos protegidos únicamente serán exigibles si sus estipulaciones se ajustan, bajos pena de nulidad, a las prescripciones legales.

Lorenzetti sostiene, acertadamente esta vez, que la regla de la autonomía de la voluntad, tan relevante en la teoría clásica, ha quedado limitada al sector de los contratos paritarios (2). Es decir, agregamos nosotros, la autonomía de la voluntad ocupa en nuestro actual ordenamiento jurídico un lugar residual y hasta casi inexistente.

Para Eduardo Zannoni: A pesar de su tremendo peso, el idilio racional con la libertad, así entendida, tuvo filosóficamente vida efímera, salvo como infraestructura ideológica. Porque bien pronto, como lo recuerdo Del Vecchio, en el campo especulativo se produjo la floración de escritos enderezados también a exaltar la autoridad de los poderes establecidos y consagrados secularmente, contra las pretensiones innovadoras de la razón individual (3).

Compartimos la idea Zannoni: la relación entre la libertad contractual y el contrato real es idílicamente presentada en la actual legislación. Lorenzetti, profundizando ese idilio, nos habla de un 'orden público contractual' que viene a realzar principios generales que probablemente no serán aplicados nunca (4). Por su parte, Lidia Garrido remarca una distinción importante en materia de contratos. Así, sostiene que mientras en los contratos paritarios predomina la libertad contractual sin intervenciones oficiales, en los contratos tutelados (v.gr., contratos de consumo, contratos laborales) predomina la intervención legal protectoria que hace retroceder la regla de la libertad contractual (5).

Estos planteos, ciertamente, no son originales, pero sí son muy relevantes cuando se llega a comprender que la mayoría de los contratos establecen relaciones jurídicas protegidas en las que la libre disposición e incluso la renuncia de derechos que las partes de esos acuerdos pueden efectuar se encuentra severamente limitada o, directamente, prohibida. La principal consecuencia de este alto grado de proteccionismo es que la libertad contractual, tal como hasta conocimos, se ha convertido en un principio residual y acotado a los pocos contratos paritarios que se concretan en nuestros días.

El e-commerce, fenómeno en permanente crecimiento, debe ser considerado como el punto de inflexión para que dentro de muy poco tiempo el contrato paritario desaparezca (6). De hecho, eso mismo es lo que viene sucediendo desde hace años a pesar de que nuestra doctrina no quiera asumirlo.

En los últimos 5 años el comercio electrónico en Argentina ha crecido aproximadamente un 300% (7). Debe señalarse que este fenómeno se repite en toda Latinoamérica. Ningún otro segmento de la economía tuvo o puede imaginarse que tenga, durante casi una década, un crecimiento sostenido del 50% anual. Es que, aún en épocas de profunda recesión y de crisis económica, el e-commerce continúa creciendo por encima de los obstáculos inflacionarios que destacan, vergonzosamente, y desde hace décadas en esta Argentina tan empobrecida (8).

Es por eso que no terminamos de entender los motivos por los cuales el Código Civil y Comercial comienza el tratamiento de los contratos a partir del contrato paritario. Es que, vale la pena recordar que ya en el año 2015 (entrada en vigencia del CCyC) todos los informes estadísticos daban cuenta que la contratación paritaria era irrelevante en términos cuantitativos (9).

Sin embargo, autores de la talla de Lorenzetti insisten en explicarnos que El Título II regula los contratos..., dando primacía a la libertad, respetando la autonomía privada, ayudándola mediante el derecho supletorio y recortándola a través del orden público imperativo... En materia de cláusulas, el Título II, en resguardo de la libertad y la autonomía protege lo pactado por las partes (10).

Desconocemos porque el autor no explica claramente que la aludida autonomía de la voluntad se aplica a menos del 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

Hasta que nuestra doctrina no madure académicamente y comience a reconocer que la autonomía de la voluntad, como principio organizador del acto jurídico, está definitivamente superado no vamos comprender cómo se celebran los contratos. Si no empezamos a estudiar más al sujeto, dejando atrás los anacronismos, difícilmente lleguemos a entender cómo se forma lo que el art. 260 del CCyC describe como el discernimiento, la intención y la libertad.

Cada vez hay más evidencias científicas que señalan que somos mucho más irracionales de lo que imaginó el legislador. Nuestro sistema racional es más imperfecto de lo que estamos dispuestos a reconocer; la mayor parte de las decisiones cotidianas que tomamos son elaboraciones con muy baja incidencia racional y, por el contrario, netamente influidas por componentes intuitivos o emocionales. Esto quiere decir que la mayoría de nuestras acciones voluntarias no están impulsadas en forma directa por el discernimiento, la intencionalidad y, mucho menos, la libertad.

En capítulo aparte vamos desarrollar estas cuestiones y prometemos meternos de lleno, en la medida de nuestras posibilidades, en las llamadas neurociencias jurídicas. Empero, de momento, no podemos omitir la cita Dan Ariely (Profesor de Psicología en MIT) quien tan claramente nos recuerda las deliciosas imperfecciones de quienes somos humanos, demasiado humanos (11).

Ahora bien, el problema radica en examinar cómo se adapta ese sujeto real, mayormente irracional, con el otro sujeto ideal y absolutamente racional que describe el art. 260 del CCyC. ¿Es posible que esa norma esté hablando sujetos que no existen? En uno de sus mejores artículos, Sobrino se pregunta si, ¿Existe el contrato de consumo? (12). Nosotros, siguiendo la misma línea retórica, nos animamos a preguntar si acaso existe, fuera de la imaginación legislativa, el acto jurídico integrado por el discernimiento, la intención y la libertad aludidos en el art. 260 del CCyC. Quizás no sea apropiado afirmar su inexistencia, pero sí es conveniente examinar su verdadera intensidad porque ya sabemos que nuestro discernimiento, nuestra intención y, nuestra libertad tal vez sean las situaciones más fáciles de manipular (13).

Cualquiera puede hacerlo. De hecho, es lo que todo el tiempo hacen los políticos, los economistas, los proveedores, las publicidades. Algo de eso nos intenta explica John Bargh, profesor de psicología en Yale University, cuando nos habla del inconsciente y de su

trascendencia a la hora de tomar decisiones que parecen conscientes (14).

Es, sin dudas, tiempo de repensar las estructuras sobre las que se organizó nuestro sistema jurídico. Los nuevos conocimientos desafían las bases de la teoría general del acto jurídico, del contrato y, desde luego, de la responsabilidad. Esos tres ejes giran en torno a un acto voluntario sin el cual sus cimientos crujen. Pues bien, la hipótesis principal de nuestros últimos trabajos doctrinarios consiste, precisamente, en cuestionar la verdadera voluntariedad de lo que hace más de un siglo llamamos acto voluntario. Es necesario pensar un derecho basado en actos cuasi voluntarios, en los cuales el discernimiento, la intención y la libertad tienen una intensidad menor de la que hasta ahora se pensó o se nos quiso hacer pensar.

Seguramente en próximas presentaciones volvemos a examinar estos temas con mayor detenimiento. Por el momento, es preciso continuar con este desarrollo más acotado.

b) Las paradojas de la regla *pacta sunt servanda*.

Una paradoja describe la existencia de reflexiones que contienen aparentes contradicciones. Se trata de afirmaciones que individualmente son aceptables pero que al ser confrontadas parecen negarse recíprocamente. La mayoría de los grandes temas filosóficos contienen formulaciones paradójicas más o menos insolubles. La libertad es uno de esos conceptos que suscita interminables contradicciones.

Cuando nos enfrentamos a un concepto paradójico, pocas veces, si es que alguna, asumimos una posición neutral. Por el contrario, lo más usual que es que al principio, y sin pensarlo demasiado, tomemos partido por uno u otro de los extremos propuestos y desechemos al otro. Recién cuando esa militancia espontánea pero impulsiva se calma podemos pensar fórmulas que superen la contradicción aparente. Eso se llama buscar esquemas compatibles que permitan destrabar incongruencias solo aparentes y

parciales. Empero, para ser sinceros, esa búsqueda, que requiere tanta paciencia como tolerancia, es una de las cosas que más nos cuesta hacer en la mayoría de nuestras actividades cotidianas.

Para determinar correctamente si la contradicción es aparente o real (esta última no puede superarse) hay una fórmula que si bien es casera puede ser útil. Ella consiste en pensar si las nociones que chocan pueden subsistir simultáneamente o si la sola existencia de una anula a la otra.

A modo de ejemplo, tomemos el caso de la gratuidad y la carestía de un producto. Estos conceptos forman términos contradictorios porque es obvio que una cosa gratuita no puede ser ni cara ni barata porque cualquier precio que se le incluya al producto gratuito anula su gratuidad. Entonces, los términos gratuidad y carestía son absolutamente incompatibles y no pueden subsistir simultáneamente. En cambio, si analizamos el par conceptual integrado por las nociones de pobreza y carestía veremos que ellos son términos de relativa incompatibilidad o de aparente contradicción. Si bien es cierto que generalmente las personas de escasos ingresos no pueden comprar productos costosos es posible, sin embargo, que un individuo con poca plata adquiera un producto caro y continúe siendo pobre. (Puede, por ejemplo, conseguir un crédito bancario, o un préstamo familiar, o una promoción especial, o una recompensa en su trabajo, etc.). La pobreza y la carestía son, entonces, nociones parcialmente incompatibles porque ambas puedan convivir simultáneamente sin anularse entre sí.

La paradoja que vamos a intentar resolver en los próximos párrafos tiene que ver con los posibles enfrentamientos entre la exigibilidad de los contratos y la equidad en las relaciones jurídicas. Como puede advertirse, ambos conceptos categorías conceptuales imprescindibles para el funcionamiento del sistema legal.

Veamos un poco esta cuestión cuya formulación en crudo queda formulada así:

Si todos los contratos válidamente celebrados (art. 959, CCyC) son obligatorios, la exigibilidad también alcanza a los acuerdos injustos que han sido libremente celebrados (art. 958, CCyC).

Frente a esta formulación, lo primero que debemos afirmar es que la contradicción que sugiere no es absoluta porque pueden existir contratos que siendo obligatorios también sean justos. Esto significa que nos encontramos frente a una paradoja aparente y relativa porque, de hecho, la mayoría de los acuerdos son obligatorios y justos. Ergo: la obligatoriedad y la equidad no son términos antitéticos.

El Derecho debe buscar combinaciones que hagan compatible estos dos principios porque el sistema normativo necesita de ambos para subsistir. No se puede concebir un Derecho sin contratos obligatorios y tampoco uno que tolere la ejecución de acuerdos injustos.

Este planteo no es original. Sin embargo, debe señalarse una vez más que en la actualidad prevalece la contratación protegida sobre la paritaria y que ese predominio determina que la equidad ocupe un lugar más importante que la seguridad jurídica en la nueva organización del Derecho privado. Dicho en otras palabras: hoy se intervienen acuerdos privados que antes estaban liberados a la autonomía de la voluntad de los contratantes (15).

Esa intervención oficial tiene por finalidad equilibrar las asimetrías de origen entre las partes y, de esta forma, fortalecer la equidad en las relaciones jurídicas. Por añadidura, cada intervención en los contratos privados implica un retroceso de la autonomía de la voluntad y de la consecuente regla *pacta sunt servanda*.

La tensión entre la obligatoriedad de los contratos y la equidad en los contenidos contractuales necesita ser armonizada para alcanzar acuerdos que sin perder exigibilidad sean justos.

Federico De Lorenzo, también analiza las aparentes dicotomías entre la autonomía de la voluntad y los derechos fundamentales postulando que la libertad contractual no es una regla absoluta, sino que compite en igualdad de condiciones con los otros principios del derecho. Es decir, en algunos casos prevalecerá el derecho a contratar libremente y en otros, esa libertad deberá retroceder en aras de acuerdos más equitativos y equilibrados (16). Es que, como bien señalan Pizarro y Vallespinos, todos los derechos, incluso el de contratar libremente, son relativos y deben armonizarse dentro del sistema para evitar que sus excesos provoquen distorsiones que afecten al propio sistema legal. Ese mismo criterio de relatividad de los derechos subjetivos es el que mantiene desde hace décadas nuestra Corte Suprema (17).

En nuestros días y particularmente a partir de la entrada en vigencia del código Civil y Comercial, hasta la escuela nacional más conservadora acepta las limitaciones que pesan sobre la libertad contractual y la consiguiente obligatoriedad contractual (18).

c) El cumplimiento de los contratos dañosos: Pacta sunt servanda v. Alterum non ladere.

En este tópico vamos a examinar el posible conflicto entre dos principios rectores del Derecho: la obligatoriedad del contrato y prohibición de dañar injustamente a otros. Estos términos, como vimos más arriba, son parcialmente incompatibles porque si bien pueden colisionar no se excluyen recíprocamente. Sin embargo, es posible que, en algunos supuestos, el cumplimiento obligatorio de los contratos entre en conflicto con la regla que prohíbe dañar injustamente a otro. En esos casos, habrá que ver las herramientas jurídicas disponibles para superar la incompatibilidad.

Dicho de otra manera: ¿qué soluciones jurídicas se aplican cuando el daño injusto se origina en el cumplimiento de un contrato obligatorio, injusto y libremente celebrado. ¿Acaso la libertad contractual y la obligatoriedad de los contratos puede pasar por alto la

regla que establece que no debe dañarse (injustamente) a otro? ¿Qué debe prevalecer: la obligación de cumplir un contrato o la prohibición de causar daños exigiendo su cumplimiento? La autonomía de la voluntad siempre aparece subordinada a la capacidad que tienen los individuos para obligarse, como si la voluntad del sujeto y la obligatoriedad del contrato fueran piezas entrelazadas con tal intensidad que parece imposible separarlas. Es lo que Lorenzetti llama facultad de auto-obligarse, en donde la libertad de un individuo queda reducida a la facultad que tiene de obligarse o de no hacerlo (19).

Así, la autonomía de la voluntad se transforma en un juego de, al menos, dos opciones: contratar o no contratar. Empero, como se tiene y no se ejerce la libertad para no contratar automáticamente se enciende la obligación de cumplir el contrato. Esta libertad, presentada en términos negativos (no-contratar), sólo sirve para obligar al que celebró el contrato pudiendo no haber contratado, pero de ninguna manera es una libertad plena que asegura la libertad contractual de las dos partes de un acuerdo. Y, para colmo, todo ese esquema de aparente libertad empeora cuando la posibilidad de no contratar está referida a bienes y servicios que, sin ser imprescindibles, son de uso casi obligado en la sociedad moderna.

Nuestra escuela jurídica, sin embargo, siempre tomó partido por una definición negativa de la libertad. Así, el sujeto libre no es el que tiene para sí la facultad de hacer algo, sino la posibilidad de no hacerlo. Esta concepción, llevada a la arena de la clásica teoría general del contrato, da como resultado que todos los contratos son libremente celebrados pues quien prestó su consentimiento podía NO haberlo celebrado. Esta libertad minimalista, por llamarla de una manera, es útil para disfrazar contratos injustos con la ingenua, o cínica, pátina de una libertad negativa (20).

En ese orden de ideas, no resulta fácil determinar si el acto jurídico es obligatorio porque fue dado voluntariamente o si, por el contrario, se lo declaró voluntario (con los mínimos recaudos

dispuestos en el art. 260 del CCyC.) para añadirle su obligatoriedad y hacerlo exigible por la fuerza.

Es fácil advertir que ni en la definición de acto voluntario (art. 260 del CCyC) ni en la de obligatoriedad contractual (art. 959 del CCyC) aparece la categoría conceptual de Equidad, como si ella no fuera necesaria para celebrar un contrato exigible. Y, esa omisión nos permite preguntar si, acaso, la seguridad jurídica que surge de la obligatoriedad es más importante que la Equidad.

Como hemos visto antes, es posible la existencia de acuerdos injustos y exigibles legalmente; de hecho, existen numerosos ejemplos. Esa indeseada cercanía entre el contrato obligatorio y el contrato injusto es lo que permite la aparición de una de las principales contradicciones del Derecho y que nosotros denominamos la aporía del injusto obligatorio que así queda formulada:

Si todos los contratos son obligatorios;

Y algunos contratos son injustos;

Algunos contratos injustos son obligatorios.

Lamentablemente este silogismo improvisado e imperfecto no es una hipótesis de laboratorio, sino que abundan los contratos que siendo injustos son obligatorios. Par probar este enunciado alcanza con analizar las tasas de interés que las tarjetas de crédito aplican en las operaciones de consumo que cualquiera de nosotros realiza diariamente. Por más que esas tasas puedan ser reajustadas en la instancia judicial, ese contrato contiene condiciones desproporcionadas que son, en principio, obligatorias y que solo dejarán de serlo luego de transitar los avatares y los riesgos propios de la tramitación judicial y del criterio de cada juez. Sin embargo, esa desproporción es tolerada por el sistema legal porque fue aceptada libremente por quien suscribió los términos de un contrato formalmente válido.

Es por ese motivo que no nos cansamos de afirmar que la Autonomía de la Voluntad (AV) es una regla contrafáctica que se formula como un enunciado libertario, pero se articula mediante renunciaciones a derechos. Cada vez que una estipulación es de muy dudosa equidad aparece la autonomía de la voluntad para convalidarla.

La AV fue, desde siempre, la llave maestra para saltar la Equidad y privilegiar la obligatoriedad de los contratos. En la histórica disputa entre la seguridad jurídica y la equidad el sistema legal siempre sometió a la equidad. Y para hacerlo se valió de un aliado indiscutido: la autonomía de la voluntad.

Se repite la polémica entre la seguridad jurídica y la equidad, pero en este caso, como señala lúcidamente Roberto Saba, se cuele una nueva tensión que enfrenta a la libertad (de contratar) y la igualdad (de los contratantes). El autor nos señala que esa libertad no es incompatible con la igualdad.²¹ Esa intención, que compartimos, de conciliar la libertad individual de contratar con la igualdad (asimétrica) de los contratantes, nos obliga a examinar a la autonomía de la voluntad en armonía con el principio constitucional de igualdad previsto en el art. 16 de la CN (22).

La seguridad jurídica y la equidad están vinculadas de tal forma con la libertad y la igualdad que debe asegurarse que los cuatro conceptos convivan armoniosamente, pues la falta de uno de ellos afecta sustancialmente a todo el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo: deben convivir, sin repudiarse recíprocamente, cuatro nociones estructurales: a) la libertad de los individuos; b) la equidad de las relaciones jurídicas; c) la igualdad; d) la seguridad jurídica sin la cual el sistema económico de intercambio de bienes y servicios se derrumba.

La convivencia indispensable de estas cuatro nociones obliga a que ellas sean consideradas en términos relativos y no absolutos. El predominio muy marcado de una sobre otra amenaza el equilibrio del sistema. En sumario; la armonía del ordenamiento jurídico supone la

pérdida de una parte de libertad, la aceptación de una cierta desigualdad, y la tolerancia ante relativa inseguridad jurídica (23).

Hechas estas consideraciones necesarias volvamos a nuestro examen más concreto de la libertad contractual y la equidad de las relaciones jurídicas. Veamos.

Si uno de los contratantes es obligado a contratar o, dicho de otra forma, si no tiene otra chance que no sea la de aceptar las condiciones contractuales que se le imponen para acceder a un servicio de uso masivo (v.gr., un teléfono celular, una conexión a internet, un abono de televisión por cable, etc.) se afecta su libertad porque la exagerada libertad de su par lo somete a una desigualdad lesiva del art. 16 CN. Frente a ese conflicto, el sistema legal (el Estado) debe intervenir para compatibilizar la libertad con la igualdad de los contratantes (24).

Esta idea que propicia los términos de una convivencia posible entre la libertad contractual y la igualdad de los contratantes, conviene aclararlo una vez más, no significa que las partes deban obtener tratos idénticos en cuanto a las prestaciones que cada uno obtiene del negocio concreto, sino que la igualdad se refiere a la autonomía personal que ambos contratantes deben alcanzar para que el contrato pueda ser considerado válido. En resumen, postulamos que el Estado debe intervenir en las relaciones jurídicas privadas restringiendo la libertad de uno de los contratantes para restaurar la igualdad (no identidad) entre ambas partes (25).

Veamos un poco más detalladamente estas cuestiones.

Al referirse a la regla *pacta sunt servanda*, Fernando Ubiría dice: Es un principio del derecho de los contratos. Los contratos nacen para ser cumplidos..., directiva de raíz romana que tiene gran importancia en el terreno de los negocios económicos-jurídicos y que evidencia un fuerte y sano componente moralizador. No obstante, para nuestra disciplina resulta perfectamente comprendida dentro de

los anchos márgenes del 'alterum non laedere' y de la prevención, pues los perjuicios pueden ocasionarse a través de distintas vías, por ejemplo, del incumplimiento de la palabra empeñada (26).

En sentido similar, Matilde Zavala de González también se pronuncia sobre la obligatoriedad del contrato y sobre la antijuridicidad dañosa que produce su incumplimiento (27).

Ubiría también examina la regla *Alterum non laedere* y señala que: Significa no dañar a otro, y ha sido elaborado en el derecho romano por Ulpiano...Es el principio madre, en esta regla o mandato general de conducta (verdadero mandamiento jurídico) se concentra o reduce todo el sistema, y así el filósofo italiano Norberto Bobbio sentenciaba que, si se concibiera un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *minem laedere* (28).

En esa misma dirección Zavala de González sostiene que la regla de no dañar tiene anclaje constitucional en el art. 19 de la CN, además de ser un principio rector del Derecho porque contiene valores esenciales sin los cuales el Derecho como sistema no podría concretarse. La doctrinaria señala, como rasgo distintivo, que la regla que prohíbe dañar es, en principio, indisponible (29).

Pizarro - Vallespinos, ratifican estos criterios y agregan que la regla '*alterum non laedere*' tiene vital importancia tanto en el resarcimiento del daño injusto como en su prevención. Es decir: no dañar, no solo significa reparar el daño causado sino, fundamentalmente, evitarlo (30).

Las reflexiones anotadas hasta ahora nos muestran la existencia de, por lo menos, tres principios esenciales para el Derecho. El primero se refiere a la obligatoriedad de la palabra empeñada en los contratos. El segundo, aún más importante, determina la obligación genérica de no dañar a otros. El tercero, se refiere a la igualdad y determina que el Estado debe intervenir para evitar que la libertad

concentrada en unos pocos conspire contra el derecho a la igualdad prescripto en el art. 16 de la CN.

La combinación de estos principios nos permite hacer un enunciado lógico de dos premisas y una conclusión inevitable: (a) El sistema legal prohíbe dañar a los otros (*alterum non ladere*). (b) El sistema legal dispone que los contratos son obligatorios (*pacta sunt servanda*). (c) El incumplimiento de los contratos ocasiona daños que deben ser resarcidos.

Sin embargo, estas proposiciones, sencillas e irrefutables, nos hacen pensar en la posible existencia de una cuarta premisa. Veamos. ¿Qué ocurre cuando la concreción del daño se origina, aunque parezca paradójico, al cumplirse la palabra empeñada? En efecto, cuando el contrato injusto es obligatorio su cumplimiento es la causa eficiente del daño. Nos encontramos, entonces, frente a una incongruencia sistémica entre la obligatoriedad del contrato y la obligación de no dañar a otro.

El cumplimiento de un contrato injusto es tan dañino para quien lo cumple, como el incumplimiento de uno justo lo es para quien sufre la falta de su contraparte. De esta manera, el contrato injusto inaugura otra paradoja: por un lado, legitima la regla *pacta sunt servanda* (art. 959 CCyC) y, por el otro, viola la regla *alterum non ladere* (art. 1716 CCyC) que prohíbe el daño injusto. Con los contratos en particular y las relaciones jurídicas en general pasa lo mismo que con las leyes y la tolerancia social. Es imposible una convivencia colectiva razonable si se omite cumplir las leyes; empero, como señala Dworkin, el cumplimiento de todas las leyes no asegura ni la justicia de una forma de organización social ni la dicha del individuo (31).

Esta reflexión nos permite concluir el presente tópico señalando que la mayor seguridad jurídica de los contratos no garantiza la equidad de los negocios jurídicos. Casi nunca lo hace.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Shina, Fernando, Una nueva teoría general de los contratos. Capítulo Introductorio, SAIJ, www.saij.gob.ar, 5 -04- 2019.
- (2) Por ejemplo, tradicionalmente se ha criticado la libertad y la autonomía de la voluntad porque hay desigualdades que no contempladas o porque debe respetarse la buena fe. Dentro del sistema del Código ya no puede razonarse de esa manera, porque la autonomía de la voluntad está dentro de un campo específico y pertinente, no extensible a los otros. El Código contempla esta situación dentro de un sistema: a) La libertad y la autonomía son un principio general; b) En los contratos celebrados por adhesión ella está más restringidas; c) En los contratos de consumo aumenta la restricción. Es decir, hay una ponderación legislativa que va desde la plena aplicación (contratos discrecionales) hasta su menor densidad (contratos de consumo) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La Ley, 2016, p.242.
- (3) Zannoni, Eduardo, Crisis de la razón jurídica, Buenos Aires, Astrea, 1980, p 125.
- (4) El Código establece el principio de la libertad en los contratos regulaos por el Título II y, por lo tanto, hay que respetar lo decidido, con los límites del orden público. La regla es entonces que las partes de un contrato celebrado discrecionalmente están obligadas a respetarlo y cumplirlo (art. 959). El legislador debe respetarlo porque esos derechos tienen tutela constitucional (art. 965), en tanto que los jueces no pueden modificar esas convenciones, porque tienen por misión asegurar su cumplimiento (art. 960). (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos, p.246).
- (5) Se señala que lo justo en los contratos entre iguales consistirá en el sometimiento estricto a los términos del pacto; y en los contratos entre desiguales el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio. En el primero la libertad exige el reconocimiento de la plenitud de efectos para el albedrío; y en el segundo la reafirmación a favor del débil jurídico En nombre de una igualdad, según Larroumet, desde hace tiempo muchos contratos son sometidos al dirigismo argumentándose que la desigualdad de hecho

es óbice de la libertad contractual en la determinación del contenido del contrato; cuando una parte puede abusar, es necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas (Garrido Cordobera, Lidia M. R., La perspectiva constitucional de los contratos, LA LEY 27/02/2018, 27/02/2018, 1 - LA LEY2018-A, 1045, Cita Online: AR/DOC/198/2018).

(6) Según informes del CACE (Cámara Argentina de Comercio Electrónico), durante el año 2018 la facturación global fue de \$ 229.760 millones (ver www.cace.org.ar. De ese total, según datos que maneja el reconocido consultor Alejandro Prince, \$ 206.000 millones corresponden al segmento B2C. (Ver <https://www.canalar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019).

Nota del autor: Es decir que en el 2018 se repitió una tendencia que ya está consolidada: aproximadamente el 90% de la contratación online es contratación de consumo, hecha mediante instrumentos de crédito, por contratos de adhesión. El contrato paritario brilla por su ausencia en la liga del e-commerce. Por eso no nos cansamos de afirmar que el contrato paritario, a pesar de que el Código Civil y Comercial lo coloca en la cima de la teoría contractual, es una pieza residual que ha quedado relegada al 10% de los negocios jurídicos que se concretan.

(7) De acuerdo con cifras de la CACE, el comercio electrónico es uno de los sectores con mayor desarrollo en nuestro país, y su facturación se incrementó en casi un 300% del año 2014 al 2017, cuando se facturaron más de 150 millones de pesos argentinos. Este crecimiento está respaldado por una satisfacción de compra de un 98% de todos los usuarios, la categoría que se mantiene como favorita de los compradores incluye equipos y accesorios de electrónica, le siguen los electrodomésticos y los artículos para el hogar. Fuente: <https://www.america-retail.com/argentina/argentina-el-comercio-electronico-en-argentina-crecio-en-un-300/>, Fecha de captura: 20-04-2019.

(8) El 2018 no ha sido un buen año para la actividad económica en el país. Eso lo sabemos todos. Pero algunos sectores siguen mostrando su vitalidad, de modo consistente con su etapa de difusión y adopción. Uno de ellos es el comercio electrónico en su modalidad a

consumidor (business to consumer o b2c, y consumer to consumer c2c) que a pesar de los contratiempos alcanzó a 206 mil millones de pesos en venta. Esa suma (neta de IVA) implica un crecimiento real en pesos frente a las ventas del año anterior (\$ 136 mil millones) del 51,5%. Casi 10 puntos por sobre la estimación más dura de la inflación del 2018. Claro está que si hiciéramos el cálculo en dólares promedio para la diferencia entre ambos años el crecimiento es de un 37,4%, nada mal tampoco. (Prince, Alejandro, <https://www.canalar.com.ar/27629-El-Comercio-Electronico-en-Argentina-en-2018.html>, Fecha de captura 19-04 de 2019).

El e-commerce" de la Argentina pareciera inmune a crisis por el alza del dólar o metas incumplidas de la inflación o déficit de la balanza externa u otras variables macroeconómicas. En 2017, de acuerdo a datos de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), creció en 2017 un 52% en facturación respecto al año anterior, y vendió por 156.300 millones de pesos, equivaliendo al 1,3% del PBI, según calculó esa entidad. Durante el año pasado, se vendieron 96 millones de productos a través de 60 millones de órdenes de compra, un 28% más que en 2016, y a razón de 263.000 productos por día. El ticket promedio de compra fue de 2.600 pesos, con un aumento del 19% respecto al año anterior, según la 7° edición del estudio anual que hace la CACE, este año junto a la consultora Kantar TNS.

(Fuente: <https://www.iprofesional.com/notas/264583-internet-software-tv-tecnologia-comercio-electronico-ecommerce-novedades-tecnologicas-novedades-tecnologicas-El-comercio-electronico-en-la-Argentina-crecio-52-durante-2017-y-ya-representa-el-13-del-PBI>, Fecha de captura: 20-04-2019).

(9) Durante el año 2018 se realizaron operaciones de e-commerce por un total global de \$ 229.760 millones, lo que determina un incremento del 47% interanual. El 80% de las operaciones se realizaron mediante el uso de tarjetas de crédito. (<https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha de captura: 20-04-2019).

(10) Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos, p.235.

(11) Aunque cierto grado de fascinación ante la capacidad de los seres humanos resulta claramente justificable, existe una importante diferencia entre un profundo sentimiento de admiración y el supuesto

de que nuestra capacidad de razonamiento es perfecta. De hecho, este libro trata sobre la irracionalidad humana. Creo que la capacidad de reconocer lo que nos separa del ideal constituye una parte importante de la empresa de tratar de conocernos realmente a nosotros mismo, y una parte, además, que promete numerosos beneficios prácticos. Comprender la irracionalidad es importante para nuestras acciones y decisiones cotidianas, y también para entender la forma en que diseñamos nuestro entorno y las opciones que éste nos presenta. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.17).

(12) Sobrino, Waldo, ¿Existe el Contrato de consumo?, Buenos Aires, *Diario La Ley*, 6 de marzo de 2019.

(13) Sin embargo, y como el lector verá en este libro, en realidad somos mucho menos racionales de lo que presupone la teoría económica estándar. Asimismo, esos comportamientos irracionales nuestros ni son aleatorios ni carecen de sentido. Antes bien, resultan ser sistemáticos y, en la medida en que los repetimos una y otra vez, previsibles. (Ariely, Dan, *Las trampas del deseo...*, p.17).

(14) Todos sentimos la experiencia subjetiva de la voluntad, pero esa sensación no es una evidencia válida que demuestre que nos hemos comportado de cierta manera por propia voluntad. A todos se nos puede inducir a realizar movimientos de forma involuntaria... En un día cualquiera, ¿cuánto de lo que decimos, sentimos y hacemos está bajo nuestro control consciente? Y lo que es más importante, ¿cuánto de ellos no lo está. Y ya lo más crucial: si comprendiéramos cómo funciona nuestro inconsciente, si supiéramos por qué hacemos lo que hacemos, ¿podríamos finalmente conocernos de verdad ...? ¿Podría nuestra información sobre nuestras motivaciones ocultas dar salida a distintas formas de pensar, de sentir y de actuar? ¿Qué podría significar esto en nuestras vidas? (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, Sonia Tapia (Trad.), Barcelona, B, 2018, p. 14).

(15) En una sociedad cada vez más permeable a la mercantilización del ser humano, de un uso nihilista de la autonomía de la voluntad a través del contrato, es vital que el ordenamiento predisponga los instrumentos para preservar los derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, numerosas normas del

Código responden a esta ética del derecho contractual... (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos, p.252).

(16) El argumento más serio empleado para resistir una eficacia de los derechos fundamentales en el marco del derecho contractual ha sido que, de aceptarse esa eficacia, el principio de la autonomía privada (y su consecuente, la libertad contractual) sufriría una irremisible degradación. Basta pensar -sostienen- en las consecuencias de una aplicación mecánica del principio de igualdad en el ámbito contractual. Sin embargo, la objeción, en estos términos absolutos, resulta injustificada. En primer término, diría que la afirmación resulta inconsecuente desde la lógica de la teoría jurídica. En efecto, si la autonomía privada es la facultad otorgada a los particulares de crear una regla, *tertium non datur*, o se ubica a esta regla en paridad con la ley formal y en consecuencia queda sometida a los principios constitucionales, o se la emplaza en un grado de dependencia de la norma, en cuyo caso, a simili, y aun con mayor razón, también queda sometida a estos principios. (De Lorenzo, Miguel Federico, Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2011-E, 1258).

(17) Todos los derechos subjetivos, incluso los de raigambre constitucional, son relativos... y, por ende, susceptibles de límites y reseciones, sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otros, para que cumplan su finalidad en orden al bien común, para proteger el orden y la moral públicos, sea para tutelar el orden y la moral públicos, o en razón del poder de policía. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil..., T I, p.27).

(18) Pese a la existencia de la regla, en casi todos los países del mundo existen limitaciones a este derecho en protección del interés público, v.gr. en materia de servicios públicos, servicio médico, en el caso de contrato de depósito necesario, de seguros obligatorios, de contratos prohibidos. (Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T V, p. 43).

Es decir, nos permitimos agregar, que allí donde la autonomía de la voluntad desaparece, la facultad de crear obligaciones tiene severas limitaciones.

(19) La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y, una vez que lo deciden, pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de auto-obligarse requiere una declaración de voluntad, y por esa razón también se estudia este tema como 'principio de la autonomía de la voluntad. Las partes declaran su voluntad de auto-obligarse en forma bilateral, porque de lo contrario no estaríamos en el campo de un contrato, sino de la declaración unilateral de la voluntad o de un testamento. Una vez que existe un acuerdo por una manifestación de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad). (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos, p.244).

(20) La norma comprende: a) el derecho a contratar o no hacerlo; b) el derecho a contratar con determinada persona o no hacerlo con determinada persona; c) el derecho a contratar sobre cualquier prestación lícita y moral ... El derecho a contratar o no contratar es la aplicación principal de esta regla del derecho, bien que se encuentra limitado en situaciones ya explicadas ut supra. No obstante, sigue siendo regla ampliamente difundida y aceptada, y debe rescatarse como principio. (Leiva Fernández, Luis, en Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T V, p. 44).

(21) La democracia liberal descansa en la convicción de que es valioso que los individuos tomemos decisiones libres sobre aspectos tanto centrales como periféricos de nuestras vidas. Esa libertad se funda en el principio de autonomía personal que establece que las personas son fines en sí mismas y que tiene la capacidad moral de discernir lo que es bueno y malo para ellas de acuerdo con el plan de vida que libremente han escogido para sí.

... Existe un segundo principio central en la democracia liberal: el de igualdad. Si bien algunos sostienen que estos dos principios son contradictorios e irreconciliables, muchos autores han hecho el esfuerzo de demostrar que no es cierto. (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley, Buenos Aires, Sigo Veintiuno, 2018, p. 149).

(22) Si damos por sentado que estos últimos tiene razón, posición que refrendo, existen situaciones problemáticas en el marco de posibles conflictos en el ejercicio de los derechos constitucionales que debemos pensar con cuidado si aspiramos a resolverlas de modo que ambos principios sobrevivan al aparente conflicto que existe entre ellos. Me refiero a aquellas situaciones en que el ejercicio de la libertad parece habilitar tratos entre personas que algunos considerarían, al menos intuitivamente, contrarios a la igualdad. Veamos, por ejemplo, los casos de los derechos a contratar y a asociarse libremente (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley..., p. 149).

(23) Uno de los pensadores modernos (liberales) que mejor manejan los términos relativos de nociones tan sustantivas fue John Rawls (1921- 2002, Universidad de Princeton y Harvard). Veamos este texto: Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastantes diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad... Sin embargo, no hay injusticia en que unos pocos obtengan mayores beneficios, con tal de que con ello se mejore la situación de las personas menos afortunadas (Rawls, John, Teoría de la Justicia, María Dolores González (Trad.), DF, Fondo de Cultura Económica, 2015, p 27).

(24) Como ya sostuve más arriba, la Constitución nacional argentina expresa el compromiso de la comunidad política con los dos principios: el de libertad y el de igualdad. Esta norma reconoce que todas las personas gozan de una esfera de autonomía protegida de las interferencias estatales, salvo aquellas que tengan por objeto impedir el daño a terceros -que por definición tienen el mismo derecho a disfrutar de esa misma autonomía... (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley..., p. 151).

(25) El Estado tiene la facultad de regular los derechos constitucionales de modo que su ejercicio por una persona no conduzca a afectar esos mismos derechos en un tercero, de modo de lograr que todos los individuos puedan ejercer todos los derechos sin

que los planes de vida de unos atenten contra los planes de vida de otros utilizándonos mutuamente como medios para alcanzar fines en detrimento de la autonomía personas de terceros. (Saba, Roberto, Más allá de la igualdad formal ante la ley..., p. 155).

(26) Ubiría, Fernando, Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, Bs As, Abeledo Perrot, 2015, p 35 -36.

(27) El contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes (art. 959), y quien no lo cumple viola el ordenamiento jurídico, que confiere efecto vinculante a la palabra empeñada. La conclusión es extensible a obligaciones asumidas unilateralmente (arts. 1800 y concordantes). (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código..., p. 389).

(28) Ubiría, Fernando, Derecho de daños..., p 30.

(29) Hay principios y valores jurídicos esenciales, que surgen de modo coherente de todo el ordenamiento...sobre cuya base se estructura el sistema de responsabilidad civil. Constituyen materia indisponible o bien la disposición se autoriza, pero con sujeción a condiciones rigurosas... En materia de responsabilidad, pueden enunciarse los siguientes: a) El principio básico 'alterum non ladere' (art. 19 Const. Nacional), de por sí idóneo para suministrar protección a todo interés merecedor de tutela y del cual fluyen todos los demás que operan en la responsabilidad por daños... (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código..., p. 154 -165).

(30) El principio de no dañar a tiene una clara vocación expansiva en el nuevo código. En otro tiempo se circunscribía a reparar el daño; hoy también a prevenirlo. En torno suyo se plasma y construye la reacción del ordenamiento jurídico frente al daño injusto y a la amenaza de daño no justificada. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil..., T I, p.22.

(31) Ningún gobierno que acostumbre actuar contra lo que dictan sus propias normas...puede ser justo, por más que sus instituciones sean sabias o justas en otros sentidos. Pero el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justicia: cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias. Sucede lo opuesto con la concepción concentrada en los derechos. (Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, p. 29).

Los primeros diez años de los daños punitivos. Apuntes críticos al anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor. No dejemos que sean los últimos

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF190114

[Consultado el: 11/04/2022]

a.- Presentación. Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC)(1). A pesar de haber pasado más de diez años desde su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico (marzo de 2008) la procedencia, la extensión y aun la aplicación de los daños punitivos (DP) sigue siendo un tema sumamente controvertido en la doctrina y vacilante en la jurisprudencia. La polémica se entiende porque la aparición de los DP en nuestro sistema normativo marca otra clara ruptura con las teorías tradicionales.

En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la existencia de los daños punitivos en nuestro ordenamiento afecta la teoría general de la reparación. Es que, hace más de un siglo la teoría clásica enseña que reparar es volver las cosas al estado anterior al daño. Para esta concepción, todavía fuertemente enraizada en nuestra escuela, todo premio que supere ese valor, equivalente a reparar el daño sufrido, no es una indemnización, sino un enriquecimiento sin causa en perjuicio del agente dañador.

Ese concepto indemnizatorio, que actualmente se conoce con el giro idiomático de reparación plena (2), es el que, en última instancia, desafían los DP. Los punitivos no se proponen volver las cosas al estado anterior al daño, sino la aplicación de un castigo

económico grave al agente dañador (la doctrina prefiere usar la expresión 'pena privada'). Esa punición, que en principio puede ser apreciada como un premio para la víctima es, en realidad, un estímulo negativo para que los proveedores realicen mayores esfuerzos tendientes a que los productos y servicios que ofrecen sean menos riesgosos para las personas que los requieran.

Ahora bien, ese estímulo de base negativa sólo funciona si la punición es tan elevada que para evitarla el agente tenga que realizar fuertes inversiones en materia de seguridad de sus productos y servicios. Por más que los teóricos del derecho nos esforcemos en gastar coloridas ocurrencias, lo cierto es que ningún empresario va a gastar importantes sumas de dinero si no tiene un fuerte incentivo económico para realizar la inversión. Pues bien: la aversión a recibir daños punitivos es, justamente, ese incentivo que pone en marcha la necesidad de invertir.

Matilde Zavala de González explica que los DP tienden a desactivar los llamados daños lucrativos que ocurren cuando el padecimiento de la víctima se convierte en un provecho para el ofensor. Esto significa, ni más ni menos, que el daño (lucrativo) forma parte de la ecuación de rentabilidad de ese negocio espurio.

En ese orden de ideas, es lógico pensar que cuando la indemnización es más barata que optimizar una determinada prestación será más lucrativo pagarla que invertir para evitar los daños. Exactamente esa es la finalidad última de los daños punitivos: destruir las ecuaciones nocivas de costo y beneficio entre el daño ocasionado, los costos indemnizatorios y la rentabilidad de un negocio.

Los DP tienen una estructura formal y lógica siempre subordinada a una estimación de rentas y provechos económicos. Sin embargo, el instituto recibió todo tipo de críticas que se reparten entre ideológicas, injustas, cínicas e ingenuas. Todo a gusto del operador jurídico de turno (3). Empero, lo real es que en el mundo más

desarrollado los DP han sido de gran provecho para el mejoramiento de las relaciones de consumo en sociedades que, dicho sea de paso, son sociedades de consumo.

b. Evolución de la teoría general de la reparación. La ley 17.711 amplía los rubros indemnizables y el daño moral previsto el art. 1078 CC. Asimismo, incorpora los factores objetivos de atribución (FOA) de responsabilidad que, al menos en forma indirecta, actúan como un estímulo para evitar daños. Como bien dice Ghersi, esa reforma puso al ordenamiento jurídico frente a una nueva realidad que exigía cambios profundos en la teoría general de la responsabilidad, así, lentamente, se fueron abriendo paso los llamados factores objetivos de atribución de responsabilidad (4).

Los factores objetivos de atribución fueron pioneros en lo que ahora se conoce como instrumentos preventivos de los daños. Es bastante obvio razonar que cuando los individuos saben o intuyen que les será más difícil evadir su responsabilidad los factores objetivos actúan como un estímulo para prevenir los daños.

Los FOA, como otras herramientas jurídicas que hacen más difícil evadir los costos indemnizatorios, actúan sobre el pensamiento más racional del sujeto creando una suerte de conciencia o percepción. Normalmente, el individuo, puesto en esa situación, tiende a pensar más o menos así: dado que lo más probable es que resulte ser declarado responsable ante la sola ocurrencia del daño, lo más conveniente, en términos económicos, es que el daño no ocurra. Cuando el no-daño es la única salvaguarda del agente, su actividad tendiente a evitarlos se incrementa y, casi automáticamente, la dañosidad disminuye.

Por más que sus autores se auto postulen, un poco exageradamente a nuestro ver, como progresistas, lo cierto es que el Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas, continúa la tradición resarcitoria clásica que consiste en la restitución de los valores, materiales y morales, afectados por el

evento dañoso. Ello se ve claramente en el art. 1738 CCyC, norma que más allá de incrementar los rubros indemnizables los mantiene subordinados al daño sufrido por la víctima (art. 1740 del CCyC).

Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización (5).

A nuestro modo de ver, esta idea de reparación integral o plena, postulada en el art. 1740 del CCyC constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del hecho lesivo. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo no es posible, sino que muchas veces da lugar a que las indemnizaciones reparatorias sean insuficientes.

Algunos autores, con los que coincidimos y que inspiraron nuestras posteriores investigaciones, son críticos de esta idea tradicional según la cual la reparación es una recomposición patrimonial del pasado. Matilde Zavala de González explica que esa reparación plena es un ideal que casi nunca se concreta y que en la mayoría de los casos se transforma en un suero de indemnizaciones mutiladas que fracasan cuando el daño no es patrimonial (6).

Como veremos al abordar el tópico siguiente, la cuestión es aún más criticable porque los principios que rigen a la reparación plena muchas veces están reñidos con la ética. A esa puja con la moral se refiere Zavala de González cuando sugestivamente nos habla de, El negocio de responder (7).

Por su lado, el joven jurista Juan Brusa también explica muy bien qué ocurre cuando pagar indemnizaciones es más económico que invertir en la calidad y seguridad de los productos (8).

c.- La ética de los Daños Punitivos. Si se examina detenidamente la concepción resarcitoria que hemos visto en los párrafos que anteceden, el lector advertirá un hecho de singular importancia. Veamos. El daño y la reparación se articulan como

términos equivalentes, puesto que a cada daño le corresponde una indemnización resarcitoria que lo compensa 'plenamente' (Conf., arts. 1738, 1740 y concordantes del CCyC). Esto, finalmente, equivale a sostener que la reparación elimina la noción del daño porque su objetivo último es volver las cosas al estado anterior al hecho lesivo; es decir, al estado en el que no existía el daño (9).

Esta ficción conceptual determina que el daño reparado sea, en definitiva, un término equivalente al no-daño. Y siguiendo el curso de ese razonamiento, la reparación del daño también elimina la noción de víctima una vez que recibe la indemnización y la de agente dañador una vez que la paga.

Este pensamiento, que es una derivación lógica de la teoría resarcitoria nos mereció, desde siempre, severas críticas éticas (10).

Si el daño ocurrido puede resarcirse por un cálculo aritmético consistente en sumar los rubros indemnizables previstos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño al proyecto de vida, etc.) es muy posible que el agente dañador, antes de poner un producto en la calle, haga ese mismo cálculo y decida qué daños puede realizar sin afectar la rentabilidad de su negocio o, aún peor, para mejorar su rendimiento. Luego de efectuar esas calculaciones, que además son bastante sencillas de hacer, va a decidir que si el costo de las indemnizaciones no afecta la renta pronosticada es más conveniente pagarla que invertir en la calidad y la seguridad producto. Es hora de que los juristas y las universidades nacionales que los forman entiendan que el daño es, entre otras cosas, un costo empresario desvinculado de toda noción moral (11).

Los daños punitivos actúan en dirección opuesta porque desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante para el agente dañador.

Los castigos punitivos superan el valor del daño producido porque su finalidad no sólo es retributiva sino preventiva. Esta

insubordinación parcial del daño y la indemnización es un punto de ruptura en la teoría general de la responsabilidad (12).

d.- La opinión doctrinaria mayoritaria. La doctrina nacional desde siempre acompañó favorablemente, aunque con algunas reservas atendibles, la aplicación de los DP. Pasemos rápida revista de algunas de esas opiniones.

En primer lugar, nos parece justo ofrecer un homenaje obligado y merecido al Profesor Carlos Ghersi.

Carlos fue, desde siempre, un fervoroso defensor no solamente de los daños punitivos, sino también de la ley 26.361 que tantas buenas novedades trajo a nuestro ordenamiento normativo. Él pensaba, y nosotros coincidimos, que los parámetros más progresistas de esa ley habían sido desvirtuados por el Código Civil y Comercial. Sin mucho esfuerzo, y con grata nostalgia podemos imaginar lo que pensaría Carlos de este penoso anteproyecto que no solamente desvirtúa la impronta de la ley 26.361, sino que intenta derogar sus institutos más relevantes.

Para Ghersi los DP son la mejor herramienta jurídica para estimular las inversiones empresarias indispensables para que los productos y servicios que lanzan al mercado sean mejores en términos de calidad, y más seguros para quienes los usan (13).

Para Pizarro y Vallespinos, La adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, puede constituirse en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia (14).

Juan Brusa, ya citado, es un verdadero entusiasta de la figura que examinamos. Este jurista sostiene que los DP son la mejor manera de limitar las ecuaciones perversas de costo beneficio que

realizan las empresas y que determinan que es más barato pagar indemnizaciones limitadas antes que mejorar la seguridad de los servicios (15).

Para Waldo Sobrino, los DP son una herramienta fundamental para el desarrollo de las relaciones de consumo y para limitar las conductas antisociales que, en algunos casos, constituyen una política comercial de empresas con pocos escrúpulos (16).

Para Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, los DP superan su faz sancionadora y son una herramienta de carácter netamente preventivo (17).

Para María Eugenia D'Archivo, el instituto tiene ponderación positiva en tanto incentiva a los proveedores a tener conductas que no resultan dañosas (18).

Juan Carlos Pandiella, por su parte, resalta el carácter moralizador y ejemplificativo que los DP tienen y de allí concluye sobre la eficacia de su efecto preventivo de conductas empresarias indeseables (19).

Para Schlotthauer y Barocelli, los DP cumplen una finalidad múltiple, en tanto son moralizantes, preventivos, sancionadores y disuasivos (20).

Para Adriano Díaz Cisneros, otro joven jurista apasionado por los DP, ellos cumplen una doble función y explica que esa ambivalencia no implica una incongruencia o un problema de índole constitucional. Así, Cisneros sostiene que los DP actúan tanto como un rubro indemnizatorio, propio del derecho de daños, y como una pena cuya finalidad es preventiva porque impide o disminuye la repetición de daños (21).

Alejandro Chamatropulos, al sostener que en los DP prevalecen los aspectos preventivos sobre los punitivos también

parece dar opinión favorable a este instituto al que le asigna una clara finalidad social (22).

Como el lector podrá apreciar, es casi unánime la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos.

La mayoría de la doctrina nacional y extranjera que hemos estudiado entiende que la reparación clásica es, en algunos casos, insuficiente para resarcir en forma integral a las víctimas. Por el contrario, se sostiene que los DP son una herramienta bastante útil en las sociedades capitalistas modernas.

Para terminar, el repaso de autores nacionales, hacemos propio un pensamiento, tan original como cierto, perteneciente a Pizarro y Vallespinos. Estos juristas explican que si el sistema normativo tolera graves inconductas como las que dan lugar a la aplicación de los DP, no solamente se favorece la impunidad de quienes desprecian la legalidad, sino que se perjudica a quienes, por honrar el sistema legal, sacrifican una parte de la rentabilidad de su negocio. Ambos mensajes son repudiables porque postulan una ética invertida que privilegia al transgresor de la ley y deja rezagado a quien la cumple (23).

Por una vez en la Argentina deberíamos esforzarnos por poner al derecho lo que está al revés.

e) La opinión aislada de Sebastián Picasso. Como dijimos al cierre del tópico que antecede: la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos es 'casi' unánime en nuestro país.

Al exponer la valoración positiva que tantos autores tienen con relación a los DP quisimos poner de relieve el notable consenso que este novedoso instituto tiene en nuestra doctrina, tanto entre los juristas más renombrados como entre los más jóvenes que, de a poco, se van abriendo paso en el interminable camino de las ideas.

Sin embargo, esa casi unanimidad de pensamiento nos obliga, y al mismo tiempo nos complace, a examinar la excepción. En esa dirección, resulta un paso obligado en el estudio de los daños punitivos vernáculos analizar la opinión negativa que desde siempre sostuvo Sebastián Picasso.

Su desaprobación, según pudimos interpretar de sus escritos, se basa en sostener -un poco obstinadamente - que los DP no tienen finalidad resarcitoria ni preventiva, sino que lisa y llanamente son un castigo y que, como tal, ellos no deben estar integrados al derecho civil, sino que deben circunscribirse al derecho penal (24).

Vamos a examinar el pensamiento de Picasso sobre los DP para destacar los gruesos errores que contiene.

a) Los daños punitivos son extraños a nuestro sistema normativo y postulan la regla opuesta a la que rige en nuestro derecho de daños: se debe reparar todo el daño causado pero solamente el daño causado (25);

b) Los daños se deben prevenir mediante acciones de tutela inhibitoria y no utilizando penas privadas de alto monto (26);

c) Cuando una conducta es lesiva para la normal convivencia social, debe intervenir el derecho penal y no el derecho privado. El derecho civil, y más precisamente la teoría general de la responsabilidad, tiene una finalidad que se agota en el resarcimiento. La imposición de penas es un objetivo que escapa al derecho privado y es propia del derecho penal (27).

d) La tarea preventiva de daños corresponde al derecho penal, como ya fue señalado, y también al derecho administrativo. El Estado regula la actividad de los proveedores del mercado mediante el poder de policía que le permite clausurar establecimientos, aplicar multas, suspender registros, etc. (28).

e) Los daños punitivos importan un castigo al agente dañador y como tales forman parte del derecho penal y no de derecho privado (29).

f) Nuestra opinión crítica al pensamiento de Picasso.

De todas las objeciones que el pensamiento de Picasso nos merece, y que desde hace años combatimos en diversos trabajos(30), la más grave es que el autor no termina de entender que el Derecho penal y el Derecho del consumidor no solamente protegen a sujetos distintos, sino que se estructuran a partir de principios diferentes y casi siempre antagónicos. Y tampoco entiende que los daños punitivos no tienen más que un contacto imaginario con el derecho penal. Para nosotros, afirmar que los DP son figuras penales y no civiles es una verdadera ocurrencia imposible de verificar en términos teóricos y ajenos a la ciencia jurídica.

Las diferencias entre el derecho penal y el derecho del consumidor son irreconciliables y, en ese orden, debe señalarse que el sujeto protegido del derecho penal (el imputado) es el mismo sujeto que el derecho del consumidor presume responsable. El derecho penal protege a ese individuo cubriéndolo de garantías procesales, mientras que el derecho del consumidor lo despoja de todas ellas agravando sus chances de eximirse de responsabilidad. El sistema consumeril determina la responsabilidad de los presuntos infractores mediante factores objetivos de atribución mientras que el sistema penal repudia cualquier imposición objetiva de responsabilidad.

Este antagonismo tiene una explicación que no puede pasarse por alto: para el derecho penal el reo goza de una presunción de inocencia mientras que en el derecho del consumidor el infractor se presume objetivamente responsable y obligado a responder.

Estas diferencias entre uno y otro sistema son tan elementales como insuperables porque los principios centrales que las rigen son opuestos.

Veamos solo algunos de estos antagonismos:

a.- en el derecho penal rige, infranqueable, el principio indubio pro reo, mientras que en el derecho del consumidor predomina el indubio pro consumidor (art. 3 LDC y 1094 del CCyC);

b.- en el derecho penal se presume la inocencia del imputado y en el derecho del consumidor, casi siempre, se aplica la responsabilidad objetiva que es una especie de presunción adversa al presunto infractor (31). Sin perjuicio de lo dicho, es justo admitir que para nosotros en el único caso en donde será necesario atribuir responsabilidad a través de un factor subjetivo es para la aplicación de daños punitivos. Dicho en otras palabras: pensamos que para obtener una indemnización punitiva la víctima deberá acreditar la existencia de un factor subjetivo de responsabilidad. En este punto nos apartamos, respetuosamente, del pensamiento de Carlos Ghersi para quien los DP siguen la lógica de los factores atributivos objetivos (32);

c.- en el derecho penal, el fiscal acusador tiene la carga de aportar pruebas contundentes y certeras que determinen la culpabilidad del imputado, mientras que en el derecho del consumidor se rige el principio de las cargas probatorias dinámicas y el infractor presunto está obligado a presentar las pruebas que, en muchos casos, serán determinantes para corroborar su propia responsabilidad (art. 53 LDC).

Podríamos seguir enunciando reglas particulares y principios generales antagónicos que separan el derecho penal del derecho del consumidor. Nos resulta casi imposible pensar en dos disciplinas que sean más diversas entre sí y nos cuesta imaginar un desacierto mayor que establecer comparaciones o similitudes entre uno y otro sistema normativo.

g) Los Daños Punitivos en el anteproyecto de reforma de ley de defensa del consumidor.

Como dijimos al desarrollar los tópicos anteriores, las reflexiones que Picasso sostiene en torno a los daños punitivos son muy aisladas (solitarias en verdad) en la doctrina nacional. Sin embargo, mal que nos pese, ese apartamiento del criterio mayoritario no fue un obstáculo para que este jurista fuera designado como integrante de la comisión legislativa encargada de reformar, con cambios profundos, a la ley 24.240 (33).

Pensamos, sinceramente y con buenas razones, que para que prevalezca el tratamiento derogatorio de los daños punitivos fue particularmente influyente el pensamiento de Picasso que siempre militó en contra de los daños punitivos.

En este acotado ensayo no vamos a realizar una crítica de todo el anteproyecto, sino que vamos a concentrarnos en el art. 118 que, precisamente, trata sobre los nuevos daños punitivos.

Esa norma, evitando los eufemismos de sus defensores, directamente deroga a los daños punitivos tal como los conocimos a partir de la vigencia de la Ley 26.361. Si este lamentable anteproyecto llega a convertirse en ley, los DP dejarán de ser un rubro indemnizatorio y se convertirían en una multa y, lo que es más grave es que habrá prevalecido el criterio doctrinario de una minoría que de tan reducida puede ser denominada ermitaña.

Veamos, ahora sí, los puntos más destacados de la norma del anteproyecto.

En su primer enunciado, el art. 118 del AP certifica la defunción de los daños punitivos al establecer que: El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor...

Esto significa que la aplicación de esa multa ya no dependerá de la prueba que las partes arrimen al expediente, sino de la voluntad del juez quien tendrá atribuciones para aplicar la sanción y, desde

luego, para no aplicarla. La aplicación de oficio de los DP es muy discutible y puede generar opiniones divergentes en uno u otro sentido.

Nosotros pensamos que si los jueces pueden aplicar de oficio daños punitivos, también, oficiosamente y por razones de equidad, deberían tener facultades para imponer daños morales o lucros cesantes o daños emergentes que las partes, por el motivo que sea, hayan omitido incluir en su demanda.

Desde luego que permitir la aplicación de oficio de rubros indemnizables provocaría un importante desajuste en las normas procesales. Es por eso que, en principio, nos parece mejor que la aplicación de los DP tampoco sea oficiosa.

En segundo lugar, y luego de decir que sí corresponde la aplicación de la multa, el juez, también a su libre arbitrio, decidirá el destino final de esa multa. Así, el punto 3 de la norma dice: La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

Esto significa que los DP proyectados están organizados a partir de tres pilares; a saber:

- a- Se trata de una multa y no de una indemnización;
- b- su aplicación depende de la voluntad del juez quien tiene atribuciones para aplicarla o de no aplicarla sin que su negativa deba ser fundada.
- c- El juez puede elegir, a su libre arbitrio, el destino de la multa.

La norma nos merece, además de estar en las antípodas de nuestra concepción, nos merece las siguientes críticas operativas:

i) Es difícil, sino imposible, imaginar que las partes de un pleito se arriesguen a la aventura de solicitar DP sabiendo que por más pruebas que aporten el juez tendrá atribuciones para desechar el reclamo sin siquiera una resolución fundada. Por otra parte, también es misterioso anticipar qué ocurrirá con las costas resultantes de un planteo de daños punitivos perdidoso.

ii) En segundo, lugar, si el juez elige el destino de la multa, ninguna parte se va a tomar el trabajo de probar la existencia de una conducta gravemente antisocial si luego el fruto de ese trabajo va a parar a donde el juez se le ocurre. Los abogados, igual que el resto de las personas en el sistema capitalista, trabajan bajo el mejor estímulo de ganar dinero y no para que su trabajo vaya a parar a donde se le ocurra a un juez. Es dable pensar, entonces, que en las demandas de daños y perjuicios habrá menos reclamos de DP. Esto, desde luego, es otro motivo de festejo de los grupos corporativos que tanto insistieron con derogar los daños punitivos.

h) Reflexiones finales: el triunfo de las minorías es una forma invertida de la democracia.

No podemos entender el motivo por el cual el único autor nacional que se pronuncia en contra de los DP haya sido seleccionado para reformar la ley que los contempla. Resulta sumamente difícil de explicar una incongruencia tan reñida contra las normas democráticas básicas. Es que, el abc de la democracia consiste en que la opinión de la mayoría prevalece sobre la minoría. Tanto más cuando el diferencial cuantitativo es tan contundente como en el caso que estamos analizando. Pues bien, esa lógica fue quebrada. Peor: fue invertida y la minoría obtuvo el privilegio que le correspondía a la mayoría.

El resultado de esa designación era previsible: la comisión legislativa hizo un anteproyecto que virtualmente derogó los DP que conocemos. Nadie podía suponer que sería representativa de la sociedad una ley hecha por una doctrina que de tan aislada adolece de misantropía.

Las leyes nacionales, sobre todo aquellas que tienen una importancia estructural en el ordenamiento normativo, deben apuntar al bien común y no al lucimiento de sus autores. Las comisiones legislativas deben ser equilibradamente integradas por doctrinarios que representen el pensamiento predominante y que, además, no sean jueces en ejercicio.

Es preciso terminar con esta penosa y muy subdesarrollada costumbre de asignarle a nuestros jueces (en algunos casos, integrantes de la Corte Suprema Federal) la tarea de hacer nuestras leyes. Ellos deben interpretarlas dejando que los legisladores y sus asesores las creen. Argentina todavía no entiende ni siquiera ese formulado republicano tan sencillo. Nos falta recorrer un camino muy largo, y a veces creemos que difícilmente lleguemos a un horizonte de esperanzas. Por eso, más de una vez dijimos que no es posible que cambiemos si siempre hacemos lo mismo.

i) Terminaciones.

Dada la extensión del ensayo y la diversidad de temas contenidos, nos parece apropiado agrupar en un capítulo final las ideas más relevantes que hemos desarrollado:

1) Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis LDC.). A pesar de no haber acuerdo doctrinario acerca de su naturaleza jurídica, el pensamiento mayoritario sostiene que los DP son eficaces para prevenir daños y disuadir conductas antisociales.

2) El Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas de los daños, sostiene la función resarcitoria de las indemnizaciones tradicionales.

3) Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización.

4) El art. 1738 CCyC incrementa los rubros indemnizables, pero, sin embargo, todos ellos están subordinados al daño sufrido efectivamente sufrido por la víctima (art. 1740 del CCyC).

5) La reparación plena, postulada en el art. 1740 del CCyC, constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del daño. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo es imposible, sino que muchas veces da como resultado que las indemnizaciones sean insuficientes.

6) Los daños punitivos desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante. Los castigos punitivos superan el valor del daño efectivamente producido porque su finalidad es principalmente preventiva.

7) En ese sentido, los DP tienen un claro sentido ético y moralizante porque desestimulan las ecuaciones de

costo beneficio que privilegian la renta empresaria sobre la calidad y la seguridad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

8) El anteproyecto que reforma la ley de defensa del consumidor prevé la derogación de los DP y su substitución por un instituto que no tiene mayores puntos de contacto con los daños punitivos que conocemos actualmente.

9) El anteproyecto no respeta la opinión mayoritaria de la doctrina nacional.

10) Pensamos que es incorrecto que los jueces en ejercicio ocupen lugares en comisiones legislativas puesto que ello peligraría el sistema republicano de división de poderes.

Referencias Bibliográficas:

(1) Art. 52 bis. Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

(2) El objetivo de la reparación plena se plasma en cuatro pautas que deben ser tenidas en cuenta en el caso concreto: el daño debe ser fijado al momento de resolver, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio sufrido, la apreciación debe efectuarse en concreto, y la reparación no puede ser mayor al daño padecido. (Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T° VIII, p.259).

(3) Ello apunta, básicamente, a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara. Era más rentable dejar que el perjuicio se produjera que prevenirlo; el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, T° II, p. 714).

(4) Una segunda etapa, acorde con las consecuencias de la revolución industrial y la modernidad (no la edad moderna) y que repercutió en la reforma del Profesor Borda de 1968 es la incorporación de los factores objetivos de responsabilidad -1071; 1198; 1113; 2618, etc.- que le dieron al Código Civil una modernidad que constituyó un acierto y lo colocó frente a la realidad, así como la implícita regulación de los contratos de adhesión (art. 954 C. C.) o los límites al derecho de propiedad (art. 2513C. C.), etc. (Gherzi, Carlos, DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de

aplicación, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

(5) La reparación tiene finalidad marcadamente resarcitoria, procura reparar el menoscabo, antes que sancionar y castigar al responsable. De allí que, como regla, el perjuicio sufrido por el damnificado constituya un límite más allá del cual no es posible pasar, so riesgo de convertir al daño en una fuente de lucro... (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.564).

(6) El principio de plena reparación significa colocar al damnificado en un situación igual o aproximada a aquella en que se encontraba antes del hecho lesivo. Sin embargo, se trata de un ideal cas nunca realizable, que en algunos casos se logra con compensaciones inevitablemente mutiladas...Desde una óptica ideal, la reparación busca crear una situación similar...a la vigente antes de ocurrir el daño. Ese objetivo puede concretarse con bastante aproximación... en los daños patrimoniales; en cambio, es imposible en perjuicios existenciales. (Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2016, T° II, p. 677).

(7) El 'negocio de responder. Se destaca que las indemnizaciones no hacen justicia de por sí y, al contrario, pueden contribuir a aumentar los daños debido a la protección que brinda el seguro y a la posibilidad empresaria de trasladar costos de primas y de resarcimientos a los precios. A partir de ello, la responsabilidad se transformaría en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad. Zavala de Gonzáles, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código... T° I, p. 98.

(8) Se trata de lo siguiente, por duro o áspero que suene, las empresas piensan y hablan en números y no en derechos del consumidor. Esto es correcto, desde luego no es ilegal y en lo personal no encuentro problemas con la ética o la moral. Sin embargo, este modo de actuar tiene como principal consecuencia negativa que, si la empresa encuentra que desplegar cierta conducta me permite ganar más dinero -o bien ahorrar cierto dinero, que es lo mismo- la va a continuar desarrollando, e incluso perfeccionando sin importar si esta es dañosa. Si lo examinamos objetivamente, esto es

lógico toda vez que las empresas están para producir y generar ganancias y no para otra cosa. (Brusa, Juan, El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A.

(9) La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos de Derecho Privado, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 360).

(10) Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 195 y siguientes.

(11) Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño, reponiéndole exactamente lo que perdió a causa de él. Pero si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un pragmatismo economicista antagónico con la ética. (Shina, Fernando, Daños al consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 161).

(12) Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una reparación que se concede al demandado no para indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene -indirectamente - sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos. (Shina, Fernando, Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos, Jurisprudencia Argentina, Número Especial 2009 - III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 30 de septiembre de 2009, pg. 45). Ver también Shina, Fernando, Sistema legal para la defensa del consumidor, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 195.

(13) Bregamos porque se rectifique esta aplicación del daño punitivo y sea una herramienta eficiente en la consolidación de la competencia en el mercado, ya que aquellas empresas que no invierten en seguridad y pagan escasas reparaciones con una tardía judicial de al menos 6 a 8 años y con alta inflación que lamentablemente tardará al menos 4 años en bajar, y se les omite aplicar el daño punitivo, tienen menos costos que las que invierten en seguridad y logran una competencia desleal en el mercado favoreciendo a las protervas empresas. (Ghersí, Carlos, DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la forma de aplicación, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

(14) Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.863.

(15) En consecuencia, si una empresa encuentra más beneficioso desarrollar una conducta que vulnera los derechos del consumidor que ajustarse a derecho, porque aun pagando los reclamos que tenga continúa recibiendo beneficios, habrá que entender que la empresa no ha fallado. Lo que ha fallado es el sistema que coloca límites a su conducta. Desde luego, es imposible resolver esta eventual "escasez" de límites que puede presentarse en algunos casos con una norma o criterio fijo. Pretender vestir con un mismo traje a todas las personas seguramente resulte inviable. La utilización de la sanción de daño punitivo permite ajustar ese traje a cada caso y hacer que los límites que propone el sistema legal para la defensa del consumidor sean efectivos -no fallen- en los casos particulares que lo requieran. En esta tarea el rol del juez será fundamental, pues deberá determinar cuál es la "medida del traje" para cada ocasión. (Brusa, Juan, El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio, elDial.com, 3-08-2018, Citar: elDial.com - DC258A).

(16) ...los daños punitivos devienen indispensables para todo el ámbito del Derecho del Consumo, dado que es uno de los pocos instrumentos legales, por lo cuales se puede disuadir y prevenir que Proveedores tengan una conducta antisocial o en contra de la comunidad. (Sobrino, Waldo, Seguros y el Código Civil y Comercial, ...T I, p. 145).

(17) Los daños punitivos novedosamente incorporados a nuestro derecho positivo además de su función sancionadora, tienen por su especial naturaleza un eminente carácter preventivo. (Bru, Jorge - Stiglitz Gabriel, en Dante Rusconi (coord.), Manual de derecho del consumidor, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 426).

(18) El daño punitivo encuadra dentro del derecho protectorio del consumidor, que tiene por objeto un esquema de disuasión que persigue incentivar al proveedor para que lleva a cabo una actividad productiva de manera socialmente eficiente, evitando ocasionar daños a las personas y a la sociedad en general. (María Eugenia D'Archivo, en Tambussi (Dir.), Relación de consumo, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p.161).

(19) Juan Carlos Pandiella en Krieger, Walter Fernando (Dir.) Prácticas abusivas en el Derecho del consumidor, Buenos Aires, El Derecho, 2018, p. 381.

(20) Respecto de su finalidad, resaltamos su carácter ejemplificador y moralizador, a los efectos de prevenir futuras conductas similares; preventivo respecto del acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones; sancionatorio, a efectos de punir graves inconductas y castigar a un infractor de una norma civil; disuasivo de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad de incurrir en conductas ... que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por el sistema...; y desalentador del lucro ilícito, es decir, de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa. (Schlotthauer, Pablo - Barocelli, Sergio, en Tambussi, Carlos (Dir.), Relación de Consumo, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 175.

(21) Se llama Daño Punitivo porque tiene dos funciones: se une a los conceptos de "daños" que conforman el reclamo indemnizatorio y, al mismo tiempo, tiene el objetivo de punir. Nuestro derecho civil, ya aceptó la mirada funcionalista cuando admitió que a la responsabilidad civil se le pueden dar funciones adicionales, como la función preventiva (art. 1710 y sgtes., CCyCN). Por lo tanto, se aceptó que las cosas se definen por su función, que se les pueden agregar "funciones" y, así, ampliar su concepto, y es perfectamente

congruente, dentro de este paradigma, entonces, darle a una indemnización ("daños"), una función punitiva ("punitivos"), resultando todo en una figura híbrida que reviste ambos caracteres.

(Díaz Cisneros, Adriano P, Afectación de la división de poderes y eliminación del daño punitivo, elDial.com, 08/03/2019, Citar: elDial.com - DC26EE).

(22) Se suele decir que las finalidades principales de los daños punitivos son dos: el castigo y la disuasión. La finalidad primordial es la segunda. La primera es sólo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquella. Los daños punitivos, como sus objetivos claramente lo demuestran se hallan en perfecta sintonía con los que actualmente se predica del Derecho de Daños y con la función social que este último debe cumplir. (Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T II, p. 267).

(23) Los daños punitivos, correctamente legislados, permiten eficazmente alcanzar ciertos objetivos fundamentales para un sistema moderno de derecho de daños... b) La punición permite alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con benéfico, violar el ordenamiento jurídico, aquellos que obedecen el sistema deberían soportar una porción desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios recíprocos y equivalentes a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos. (Pizarro - Vallespinos, Tratado de responsabilidad civil, T I ... p.863-864).

(24) Así, Picasso, uno de los opositores a los daños punitivos en nuestro país, sostiene que, como ellos no buscan resarcir un perjuicio sino provocar un mal al sujeto responsable con fines de castigo y prevención general, se está lisa y llanamente ante una pena. (Chamatropulos, Alejandro, Estatuto del Consumidor comentado, ...T II, p. 265).

(25) Picasso - Vázquez Ferreyra, Ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, La Ley, T°1, p. 597.

(26) Picasso - Vázquez Ferreyra, *Ley de defensa del consumidor*, ... T°1, p. 597.

(27) En ese esquema, la prevención de comportamientos gravemente lesivos de las normas de convivencia social es normalmente confiada al poder punitivo del Estado por medio del derecho penal... El derecho de la responsabilidad civil, por el contrario, tiene en la actualidad una función esencialmente resarcitoria, y su contribución a la prevención de los comportamientos lesivos se instrumenta, como ya se ha visto, por medio de la denominada 'tutela inhibitoria', mediante el empleo de herramientas no sancionatorias. (Picasso - Vázquez Ferreyra, *Ley de defensa del consumidor*, ... T°1, p. 598 y 599).

(28) Picasso - Vázquez Ferreyra, *Ley de defensa del consumidor*, ... T°1, p. 601.

(29) Los 'daños punitivos', en tanto no tienden a resarcir un daño, sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena. (Picasso - Vázquez Ferreyra, *Ley de defensa del consumidor*, ... T°1, p. 602).

(30) Ver Shina, Fernando, *Daños al consumidor*, Astrea, 2014; *Sistema Legal para la defensa del consumidor*; Astrea, 2016, entre otros.

(31) En este punto es importante hacer una salvedad. Nosotros pensamos que la aplicación efectiva daños punitivos requiere indefectiblemente la atribución de un factor subjetivo de responsabilidad. En materia de daños punitivos, pensamos, no rige la responsabilidad objetiva, sino que debe demostrarse que la existencia de una conducta particularmente grave que se emprende deliberadamente, ya sea para perjudicar a otro o para incrementar el lucro propio, con total indiferencia de las consecuencias dañosas.

(32) El daño punitivo está dentro de esta "lógica regulatoria" es decir debe aplicarse conforme a situaciones objetivas de violación de la seguridad y con fundamento en la responsabilidad objetiva, con la finalidad de generar conductas futuras ratificadoras de la sancionada con daño punitivo. Esto es de la esencia de la sociedad de consumo. (Gherzi, Carlos, **DAÑO PUNITIVO: Falta de coincidencia con la**

forma de aplicación, Buenos Aires, elDial.com, 3/11/2016, Citar: elDial DC209F).

(33) Recordemos que en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mandó a llevar adelante un anteproyecto de reforma integral de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor. La comisión legislativa designada para su realización estaba compuesta por doce juristas, Sebastián Picasso entre ellos.

Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad. La creación de expectativas

por Fernando E. Shina.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2641/2019

[Consultado el: 11/04/2022]

Sumario

I. El consumismo de las sociedades de consumo — II. La generación de expectativas — III. El arte de no cumplir la ley sin caer en la antijuridicidad — IV. El fabuloso negocio del optimismo — V. Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad — VI. Una propuesta para la futura creación de un factor atributivo de responsabilidad.

Una futura reforma del Código Civil y Comercial debería incluir la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad objetiva. Después de todo, nada impide que se añada a la teoría del riesgo creado un nuevo factor atributivo relacionado con la creación y/o la defraudación de expectativas.

I. El consumismo de las sociedades de consumo

La comercialización masiva de bienes y servicios tiene características especiales a partir de las cuales se organiza la sociedad de consumo. Este tipo de organización, a pesar de ser ampliamente difundida en todo el mundo, es traumática para el sujeto, porque está pensada para satisfacer las aspiraciones del mercado y las corporaciones dominantes antes que la dicha de los individuos.

Michael Sandel (Ciencias Políticas - Universidad de Harvard), entre muchos otros autores, advierte que vivimos una época exageradamente consumista donde todo puede comprarse y venderse siendo inexplicable cómo se llegó a esta situación donde los mercados dominan, casi sin resistencia, al sujeto: hemos pasado, involuntariamente, reflexiona Sandel, de una economía de mercado a una sociedad que se organiza a imagen del mercado (1). Coincidimos en este primer análisis del autor: en la sociedad de consumo moderno tienen más chances de prosperar las empresas que de ser felices los individuos que demandan sus productos (¿demandan sus productos?).

Esta situación, que describe un mercado dominante y un sujeto sumiso, fue explicada por Atilio Alterini en un brillante artículo denominado El consumidor en la sociedad posmoderna (2). Ya por entonces, Alterini nos advertía que el consumo es inducido por el mercado y no por la voluntad del sujeto. En crudo, estos y otros autores ponen en el tapete un fenómeno que debemos conocer, si queremos controlarlo, aunque sea, parcialmente: se consume por oferta de bienes y servicios y no por su demanda. Esto, desafortunadamente, equivale a decir que no prevalece la necesidad insatisfecha del consumidor, sino la rentabilidad insaciable de los productores que inundan el mercado de cosas que nadie necesita ni ha requerido.

El consumo por oferta es una de las principales características de la sociedad de consumo (3). Es también una de las cuestiones más distorsivas del mercado. Como dice Sandel: La intromisión de los mercados, y del pensamiento orientado a los mercados, en aspectos de la vida tradicionalmente regidos por las normas no mercantiles es uno de los hechos más significativos de nuestro tiempo (4).

Otro de los juristas que se ocupó de estos temas fue Ricardo Lorenzetti. Este autor, unos años atrás, señalaba que la comercialización actual tiene características especiales que se fueron acentuando con el correr del tiempo y que no parece que vaya a retroceder en el futuro. Veamos algunas de ellas:

I.1. Publicidad

Es imposible hablar de sociedad de consumo sin poner la mirada en el intrincado universo de las publicidades. La publicidad, metafóricamente y no tanto, es la causa-fuente de todas las relaciones de consumo, porque es uno de los principales motivos (quizás sea el único) por el cual una persona decide que necesita comprar un producto. Lo más probable es que sin la intervención publicitaria ese sujeto jamás hubiera imaginado que necesitaba cambiar, una vez más, el teléfono celular que tanto le gusta y que apenas está aprendiendo a usar.

La principal característica de la publicidad es que ella genera una relación directa entre unos pocos productores de bienes y servicios y millones de consumidores. Es, como explica Lorenzetti, una relación entrelazada por controles remotos y teclas de enter (5).

La publicidad, según el desarrollo que nos interesa proponer en este trabajo, es el primer eslabón en la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad. Nuevamente nos inspira Alterini cuando dice que la publicidad es aún más importante que el producto publicitado. Lo que se percibe no son las calidades intrínsecas del producto, sino las imágenes asociadas a ese producto. La calidad, dice el citado autor, no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad (6).

I.2. Sistemas comerciales complejos

La segunda característica de los sistemas comerciales actuales es la complejidad de su armado. El consumo de nuestros días hace bastante tiempo que dejó de ser un paseo por la tienda donde solíamos ir a ver, e incluso tocar, el producto deseado. Por entonces, la tentación del consumo se activaba recién cuando veíamos el producto en una vidriera que parecía esperarnos.

Los sistemas comerciales modernos son un poco más complejos. En primer lugar, es habitual que compremos a ciegas sin ver ni tocar ni probar el producto que vamos a comprar. Ya ni siquiera debemos apretar una tecla de la computadora; alcanza con deslizar el dedo índice por la pantalla de un teléfono que muy pocas veces usamos para hablar por teléfono.

En efecto; todo se compra online y utilizando, cada vez más, dispositivos móviles que fueron desplazando a la tradicional y un poco vetusta computadora de escritorio. Esa tendencia se incrementa año tras año. Esos sistemas comerciales, remotos y hasta un poco misteriosos para el común de la gente tienen una asombrosa difusión popular. Como dice, muy acertadamente, Lorenzetti, es un sistema complejo que, al mismo tiempo, genera confianza (7).

Todos sabemos que la comercialización online dentro de poco va a dominar completamente el tráfico de bienes y servicios. Según datos estadísticos confiables, realizados en el año 2018, el 98% de los usuarios de sistemas de compras online están conformes, satisfechos con el sistema, lo que permite concluir que confían en ese sistema comercial tan experto, como complejo y remoto (8).

I.3. Generación de confianza

Una tercera característica de la modernidad comercial es, como dice Lorenzetti, que estos sistemas comerciales complejos buscan, antes que vender el producto, generar confianza en la calidad y en su seguridad.

Esa confianza es esencial y, como señala el citado autor, actúa como el lubricante del sistema comercial (9). Ello explica que el mayor esfuerzo de las campañas publicitarias apunte a crear una apariencia de seguridad con entidad suficiente para generar confianza en el usuario.

No es arriesgado sostener, en coincidencia con Lorenzetti, que la comercialización actual no se define por el intercambio de

bienes y servicios, sino por la creación de una apariencia de seguridad y por la confianza tributada a esa ilusión (10). Dicho en otras palabras: entre apariencias sofisticadas y confianzas ingenuas circulan millones de dólares por segundo (11).

Es por eso que pensamos en la necesidad de ensanchar el universo de la responsabilidad y extenderlo a la creación o, mejor dicho, la defraudación de expectativas. Es justo reconocer que fue Lorenzetti uno de los primeros juristas en apuntar a ese otro lado cuando, al referirse a las apariencias y las confianzas, señalaba que Estos instrumentos tienen importancia decisiva a la hora de la formación del consentimiento contractual, en materia de responsabilidad por daños y en el plano de la jurisdicción aplicable (12).

II. La generación de expectativas

La introducción que hicimos sirve para poner al descubierto el verdadero problema de las relaciones de consumo, que no es, según nuestro pensamiento, el suministro de la información, sino la creación de expectativas optimistas y su posterior defraudación. Todos los estudios que examinamos confirman que un número muy cercano a cero no lee los contratos de adhesión que suscribe (13).

Este dato estadístico, que se repite en todos los países que consultamos, nos permite adelantar una conclusión que creemos bastante precisa, aunque quizás sea exageradamente universal:

Ninguna persona lee nunca, en ningún lugar del mundo, ninguno de los contratos que firma continuamente.

Una vez hecha esta presentación sin atenuantes, le pido al lector que me acompañe con un recuerdo que seguramente compartimos. Pensemos en una maestra de tercer grado que, al explicarnos las reglas de la multiplicación, recita con infinita paciencia: cero por toda la cantidad es igual a cero. Ella nos quería decir que

cualquier número que se multiplique por cero dará como resultado cero, porque la repetición acumulativa de ceros no hace más que sumar vacío al vacío o agregar nada a la nada misma.

Lo mismo ocurre con la información que nos brindan y la no lectura de los contratos que firmamos. Por más que se derroche información, la no lectura del contrato la anula como el número lleno de cifras se esteriliza cuando se lo multiplica por cero. Se informa mucho y no se lee nada. Esta ecuación tiene el mismo resultado en las ciencias sociales que en las matemáticas: todos seguimos desinformados y los proveedores siguen impunes frente a su obligación de informar.

Estos datos estadísticos son inmodificables; es decir, la única modificación esperable es su acentuación. Nadie espera que los contratos vuelvan a leerse como se leían hace cien años, si es que en verdad se leían por entonces (¿quién puede saber si alguna vez se leyeron los contratos?). Nosotros dudamos de esa aseveración inverificable.

Ahora bien, lo cierto es que esta situación, que ya no puede disimularse, nos obliga a pensar en modelos de responsabilidad que funcionen asumiendo que una de las partes no leyó y nunca va a leer el contrato que se obliga a cumplir.

Debemos ser conscientes que informar es mucho más que hacer un manual de instrucciones o colocar leyendas admonitorias en un frasco de mermelada o en un remedio que mágicamente cura la gripe. Ello, desde luego, no quiere decir que propongamos evitar esas advertencias, sino llenarlas de contenido y hacerlas más reales.

Se informa mediante imágenes y contextos. Veamos un ejemplo. Quien decide comenzar a jugar al tenis y va la tienda a comprar una raqueta, lo primero que ve es un afiche gigante de Roger Federer empuñando una raqueta igual a la que acaba de decidir que va a comprar. La foto que sigue viendo, sin ver las raquetas reales que

hay en el negocio, tiene una leyenda que, más o menos dice: Para llegar a jugar como Roger se requiere entrenar durante 8 horas diarias desde los 6 años y perder la infancia en ese objetivo improbable y bastante sombrío. Comprar esta raqueta, naturalmente, no garantiza el triunfo en los grandes torneos, ni obliga a los fabricantes por su fracaso rotundo como tenista.

El cliente sin leer la leyenda o leyéndola pero sin entenderla, se imagina a sí mismo levantando el trofeo mayor de Wimbledon mientras saca de su billetera una de sus tarjetas de crédito y compra, en tiempo récord, la raqueta de sus sueños o, mejor dicho, de sus ensoñaciones. Es evidente que la gigantografía, del ya de por sí gigante Roger Federer, tiene más influencia sobre el comprador de la raqueta que la leyenda con indicaciones más prudentes sobre sus cualidades reales.

La cuestión no es menor porque, más allá de la presentación humorística, lo cierto es que entre la foto de Federer y el adquirente de la raqueta se ha creado un contexto que determina un grado de causalidad entre ese instrumento y el éxito tenístico. Más aún: se ha creado confianza en esa trama causal que vincula a la raqueta con el éxito tenístico. Como dice Dan Ariely, ese contexto artificial es el que engendra expectativas favorables; una vez que se ha creado el escenario causal, está listo el camino para que el adquirente pague un precio, también gigante, por la raqueta que, mágicamente, lo convertirá en campeón de Wimbledon (14).

En una palabra, amigo lector: compramos, y pagamos precios inverosímiles, relatos contextuales más o menos bien hechos.

Ariely habla de la creación de contextos que determinan los gustos y las preferencias que tenemos hacia las cosas. Este pensador lo explica, con mucha claridad: Permítame empezar con una observación fundamental: la mayoría de la gente no sabe lo que quiere, si no lo ve en su contexto. No sabemos qué clase de bicicleta de carrera queremos hasta que vemos a un campeón del tour de

Francia haciendo mover los engranajes de un determinado modelo (15).

En nuestro ejemplo de la foto de Federer, la imagen del sonriente campeón es indispensable para crear una situación escénica cuya única finalidad es desplazar, o directamente anular, cualquier información racional que advierta de las incongruencias contextuales entre el relato y lo real. La expectativa ya está creada. Misión cumplida para el fabricante de raquetas. Ahora comienza el lento e inevitable camino de la frustración del adquirente que, quizás, pase sus días trabajando en tribunales y sólo puede ver algunos partidos de Wimbledon por cable, si sus hijos o su esposa no tienen en la mano el ansiado control remoto (o, viceversa, para evitar confusiones de género).

III. El arte de no cumplir la ley sin caer en la antijuridicidad

Hablando de apariencias y paradojas, es necesario entender que existe una forma muy extendida de antijuridicidad que se concreta, por más que parezca extravagante, mediante una conducta irreprochable. La paradoja consiste en violar la ley, pero sin cometer ninguna conducta antijurídica. Veamos esta cuestión un poco más detenidamente.

El sujeto que sabe que la información que ofrece será neutralizada por la indiferencia de quien debe recibirla sabe, en definitiva, que no está informando nada. Pues bien; ese informar a sabiendas de que no se informa es tan antijurídico como la omisión de informar.

Esa conducta bien podría ser considerada un fraude a la ley en los términos del art. 12 del Cód. Civ. y Com., porque implica que alguien simula estar cumpliendo la obligación de informar cuando su finalidad es, en verdad, la opuesta. Es decir, utiliza una apariencia legal para violar la ley (16).

Por otra parte, hacer algo sabiendo que su resultado será, en el mejor de los casos, superfluo, cuando no perjudicial, nos lleva directamente al art. 1724 del Cód. Civ. y Com. Esta clase de conducta puede ser vista como una las formas que asume el dolo. Es que, como dice la citada norma, el dolo. ..se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Ese informar sabiendo que no se informa encuadra en la manifiesta indiferencia aludida en la parte final del art. 1724 (17).

Los proveedores en general, y en particular los que lideran el mercado, saben que muchas veces informan para aparentar que informan lo que saben que no están informando. Por más que en las cajas pongan etiquetas con leyendas que adviertan consecuencias catastróficas, saben que raramente sean leídas, porque, al igual que en el ejemplo de la foto del tenista, los clientes están dominados por un optimismo impulsivo que los lleva a rechazar cualquier información razonable.

Este optimismo irracional e impulsivo, que algunos estudiosos denominan 'tentación', es prácticamente imposible de controlar mediante informaciones que traten de atenuarlo. Una vez que fuimos empujados a los abismos de las tentaciones no hay información que pueda detener el impulso. Como solía decir el inimitable Oscar Wilde: I can resist everything except temptation (Puedo resistir todo menos las tentaciones).

Richard Thaler (Premio Nobel de economía 2017) estudió estos impulsos no racionales y concluyó que: Los problemas de autocontrol combinados con la decisión irreflexiva tienen malas consecuencias para la gente real. Millones de personas todavía fuman a pesar de que está demostrado que fumar tiene consecuencias terribles para la salud y, lo que es más significativo, la gran mayoría de los fumadores afirman que les gustaría dejarlo. Casi dos tercios de los estadounidenses tienen sobrepeso o están obesos. Muchas personas nunca llegarán a suscribir el plan de pensiones de su empresa, aunque cuenten con importantes ayudas (18).

No se trata de informar a destajo, sino de analizar los aspectos más importantes de la estructura psíquica de los sujetos y de saber que la conducta impulsiva prevalece sobre la reflexiva.

El inconsciente, del que poco se habla en nuestras escuelas de derecho, tiene sobre nuestra conducta mucha más preponderancia que la que estamos dispuestos a aceptar, como si asumir esa influencia nos quitara libertad de acción y diezmará nuestra voluntad. En verdad, suceden ambas cosas: nuestra voluntad y nuestra libertad están limitadas por fuertes tendencias inconscientes que, afortunadamente, no podemos controlar. Empero, negar o subestimar la importancia del inconsciente nos hace todavía menos libres y más fáciles de manipular.

Algo de eso nos explica John Bargh, distinguido psicólogo, investigador y profesor de Yale (19). En suma: la tentación ejerce sobre el deseo una fuerza que domina fácilmente a los pensamientos más reflexivos y moderados. Este desequilibrio manifiesto entre el impulso y la reflexión es un secreto a gritos entre los que estudian la conducta humana (20). Solamente parecen ignorarlo nuestros juristas y legisladores.

No deja de asombrarnos que en las escuelas de derecho se estudie con tanto ahínco las normas jurídicas, que no presentan dilemas dificultosos, y no se investigue nada acerca de la estructura emocional de los sujetos.

Pero volvamos al punto referido a las conductas que son, al mismo tiempo, irreprochables y antijurídicas. Matilde Zavala de González se refiere a estas situaciones (antijuridicidad difusa) que describen conductas que parecen jurídicas, pero que provocan daños (21). Pizarro y Vallespinos, al analizar la última parte del art. 1724 del Cód. Civ. y Com., señalan que: A diferencia del art. 1072 del Código Civil derogado, no se requiere intención de dañar. Basta para su configuración que el daño se cause de manera intencional... o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos... Es suficiente, a tal

fin, con que el sujeto se represente internamente el resultado necesariamente ligado al efecto querido... o proceda de igual modo con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (22).

En definitiva, no es tan complejo imaginar que gran parte de las empresas que lideran los mercados elaboran campañas publicitarias cuya finalidad primaria es no informar, pero simulando que se suministra información precisa, clara y detallada.

Por supuesto que esta situación es aceptada mansamente por una doctrina nacional un poco anquilosada y un poder judicial que está muy lejos de poder asumir una agenda acorde al siglo XXI. Argentina atrasa sin remedio. Nosotros pensamos que el deber de informar, tal como está pensado en nuestras leyes, es una vía rápida para la repetición de los daños y un pasaporte para la impunidad de los proveedores.

IV. El fabuloso negocio del optimismo

Todo lo que hemos descripto en los puntos que anteceden es conocido por las compañías que comercializan masivamente los bienes y servicios que diariamente consumimos. Y lo saben, porque son ellas quienes 'fabrican' y, en simultáneo, defraudan esas ilusiones con publicidades que imponen modas y decretan obsolescencias.

Las publicidades, diseñadas con la precisión del quirófano, generan expectativas exageradamente optimistas, porque se sabe que las ilusiones del optimismo aumentan las ventas; del mismo modo que también es sabido que los productos que ofrecen no pueden alcanzar esas expectativas. En el medio de este juego de ilusiones y desengaños hay un negocio enorme que consiste en recibir el precio de las expectativas exageradas y ofrecer productos de calidad atenuada. Se paga mucho por lo que vale poco. Ese es el precio que el derecho le impone a la sociedad, cuando hace leyes que ignoran cómo funciona el inconsciente humano.

El producto que está en la vidriera de un negocio, al igual que las imágenes de los sueños que nos confortan durante el descanso, siempre brilla más que las opacidades de lo real. Podrá decirse que así es la vida y que la realidad siempre apaga las expectativas, pero ello no implica que no intentemos mejorar la teoría general del acto jurídico y del contrato y, finalmente, actualizar un poco la teoría de la responsabilidad.

Para nosotros, todavía es misterioso determinar si estas cosas que describimos son ignoradas o si esa ingenuidad no esconde, en verdad, un cinismo profundo de nuestros doctrinarios y legisladores.

V. Un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad

V.1. Presentación

Para enfocar correctamente este nuevo tema que vamos a desarrollar, es necesario insistir en que el problema no está en el contenido de la información, sino en el excesivo optimismo que tenemos para interpretarla. Esas tendencias complacientes hacen que se rechace cualquier consejo que achate el nivel de las expectativas. Dicho en otras palabras: no estamos dispuestos a aceptar que nos muestren las limitaciones que tienen las cosas que deseamos. Por el contrario, nuestros anhelos hacen que aceptemos cándidamente cualquier sugerencia que confirme, y aun aumente, nuestras ilusiones.

Atilio Alterini describe a la mercadotecnia como la técnica que estudia el comportamiento de los consumidores, diseñando perfiles determinados que son segmentados según las edades, los sexos, las clases sociales, los niveles económicos, los entornos geográficos, etc. (23).

El optimismo natural del ser humano (que ojalá nunca se pierda) sumado a los esfuerzos de la mercadotecnia nos hace más vulnerables a la sugestión de las marcas más conocidas. La finalidad

no es otra que aumentar la confianza a niveles irracionales. Alterini ofrece un notable ejemplo que describe la manipulación del comportamiento. Allí explica el motivo por el cual el logo corporativo de una famosa hamburguesería tiene dos grandes arcos que representan el seno materno que alimenta. Se intenta, con gran éxito, asociar la actividad de ir a comer junk food (comida chatarra) con el alimento más sano que se conoce. Es un emblemático ejemplo de cómo se puede operar sobre el inconsciente para lograr resultados que parecen puramente voluntarios (24).

Dan Ariely, con otro experimento, muestra cómo funcionan las expectativas, lo fácil que resulta crearlas. El ensayo consistió en ofrecer una taza de café gratis a algunos estudiantes que concurren a una de las tantas cafeterías universitarias existentes en el mundo. Se invitaba a los estudiantes a probar un café y se les ofrecía agregarle algunos condimentos poco habituales para mezclar con café (por ejemplo, cáscara de naranjas y otros ingredientes poco usuales). Como era de esperarse, la mayoría de los estudiantes rechazaban la oferta de agregarle condimentos 'raros' al café y optaban por el tradicional sobrecito de azúcar o leche en polvo o crema. En una segunda etapa de la prueba se ofrecía probar el café con los ingredientes, pero, en este caso, el café exótico ya estaba servido en jarros de porcelana más elegante.

Estimado lector, si te gusta el café tanto como a nosotros, puedes estar tranquilo porque el ensayo no cambió su proceso manufacturero. Sin embargo, tuvo resultados sorprendentes: (a) la mayoría de las personas no rechazó la invitación, sino que aceptó probar el exótico café servido en tazas elegantes; (b) un número importante de catadores manifestó que ese café, combinado con sabores infrecuentes, era más sabroso que el tradicional; (c) muchos participantes aceptaron que pagarían un precio más elevado por el café sofisticado (25).

En eso consiste la sugestión: en lograr que, alterando algunas situaciones contextuales, prefiramos un café azucarado con

condimentos poco habituales a los tradicionales que hace años tomamos todas las mañanas. Lo importante de este experimento, del cual existen miles de versiones y modalidades, es entender que nos pueden hacer cambiar repentinamente y espontáneamente nuestra preferencia por el café que tomamos, la ropa que usamos, el teléfono celular que acabamos de comprar, el presidente que vamos a elegir, y, por qué no, del objeto de amor, subjetivado a puro egocentrismo, que nos ilusiona o desespera en lentas noches de insomnio.

Esta prueba de laboratorio pone en evidencia, principalmente, que nuestras decisiones de consumo no cambian por demandas propias, sino por la creación de contextos más lujosos que el real. Un ejército de expertos en comportamiento humano vive haciendo manipulaciones, más o menos evidentes y más o menos legales, sobre esos contextos para determinar nuestras formas de consumo. Como bien decía Alterini: A través de la publicidad los comerciantes, en la actualidad, se encuentran virtualmente, en condiciones de dictarnos los alimentos que comemos, los refrescos o cervezas que bebemos, los cigarrillos que fumamos, los coches que conducimos e, incluso, el presidente que elegimos.

Todos estos estudios de campo muestran, desde hace aproximadamente medio siglo, la necesidad de que la ciencia jurídica se ocupe más de la psiquis humana. Hemos perdido demasiado tiempo y recursos hablando del deber de información sin estudiar la estructura de la personalidad humana. Cada vez estamos más convencidos de que solo estudiando los procesos inconscientes se traerá algo de luz acerca de cómo debe suministrarse la información para que sea útil y cumpla realmente su finalidad.

Ariely nos ofrece un maravilloso libro repleto de experimentos, entre graciosos y sorprendentes, pero de rigor científico inobjetable. Ellos nos deben ayudar a entender que la capacidad racional del sujeto, a la que tanta importancia le asignábamos, quizás sea el talento menos preponderante de la personalidad (26).

Es imprescindible empezar a advertir que no somos tan racionales como lo sugiere el art. 260 del Cód. Civ. y Com. La constante apelación a la parte más racional del individuo es una de las principales causas de la preocupante disociación que notamos entre las normas jurídicas, aun las más recientes, y el comportamiento humano. Está comprobado que no realizamos, con pleno discernimiento, intención y libertad, casi ningún acto de la vida que nos tocó vivir. Como dice Ariely: somos previsiblemente irracionales; y quien regule nuestras conductas debe conocer estos aspectos del ser humano (27). Sin embargo es imposible conocer la verdadera naturaleza humana si no le echamos un vistazo muy cuidadoso a la actividad inconsciente; es decir, a lo que ocurre más allá de nuestra voluntad. Como bien dice John Bargh: No podemos conocer nuestro ser completo sin conocer la parte inconsciente y entender cómo da forma a nuestros sentimientos, creencias, decisiones y actos. El inconsciente está constantemente guiando nuestra conducta... por más que creamos lo contrario (28).

Daniel Kahneman (1934, Premio Nobel de economía 2002) en su libro *Pensar rápido, pensar despacio*, describe al optimismo (las expectativas favorables) como uno de los motores del capitalismo. Y también, agregamos nosotros, como una fuente directa de manipulación del pensamiento (29).

Ese optimismo irracional es el que nos hace pensar que los productos que compramos son mejores de lo que realmente son. Las decisiones, que nosotros pensamos como procesos puramente racionales, están subordinadas a un mundo inconsciente que el Derecho no puede seguir ignorando.

La información más útil para el consumidor permanece oculta, porque, para estar realmente informado, se requiere, en primer término, achatar las expectativas y el optimismo individual.

La obligación de informar no debe limitarse a informar, sino que debe llevar adelante acciones eficaces tendientes a equilibrar las

expectativas. Sin embargo, a la vista de todos, se hace lo contrario. Se informa, en un incomprensible manual, que el reloj es apenas resistente a unas gotas de agua mientras una foto muestra a un buceador profesional acariciando tiburones en el mar del Caribe. El buzo, por supuesto, usa el mismo reloj que acabamos de comprar por unos cuantos dólares.

V.2. La responsabilidad por la creación de expectativas

Las consideraciones examinadas nos llevan a interrogarnos si es posible, dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro, y conveniente, dado el actual desarrollo de la comercialización de bienes y servicios, atribuir responsabilidad por la creación de expectativas exageradas.

Pensamos que sí; es factible la creación de un nuevo factor objetivo de atribución de responsabilidad (FOA) que se ponga en marcha cuando las expectativas creadas resultan ser fraudulentas, entendidas como tales; aquellas que generan un optimismo excesivo frente a las prestaciones reales que puede ofrecer el producto o servicio.

Este pensamiento no peca por exceso de originalidad, porque, si se piensa bien, la creación de expectativas falsas no es más que una forma particular de la mala fe. Es decir que, aun aplicando la normativa vigente, sería atendible un reclamo judicial por daños y perjuicios.

El problema es que, en ese caso, el factor atributivo de responsabilidad sería subjetivo por aplicación del art. 1724 del Cód. Civ. y Com. Al mismo resultado se llegaría por aplicación del art. 1721 del Cód. Civ. y Com., norma que, inexplicablemente, establece un sistema de clausura por la responsabilidad subjetiva. Esta contradicción sistémica nos mereció fuertes críticas que formulamos oportunamente (30).

Pero, volviendo a la hipótesis que estamos analizando, la falsa expectativa sería equiparable al obrar con dolo, tanto por ser evidente la deliberada intención de su creación, como así también por el desinterés demostrado frente a los eventuales daños. En resumidas cuentas, la creación de expectativas apócrifas describe una burla a la buena fe que se concreta mediante un accionar doloso.

En ese orden, no está de más recordar que algunos autores, como Atilio y Jorge Alterini, proponen que la mala fe (en sentido lato) sea considerada como un factor subjetivo de atribución que conviva con los otros previstos en el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. (31). Así, por aplicación de las reglas clásicas, quien invoque que se ha perjudicado por falsas expectativas deberá probar la mala fe (dolo) en la creación de esas ilusiones.

Es obvio que esta carga probatoria sería muy difícil, si no imposible, de alcanzar por la víctima, quedando como saldo algo consabido: la impunidad del agente creador de falacias.

Para nosotros, la creación de expectativas falsas es, efectivamente, una manifestación de mala fe. Empero, disentimos con quienes consideran que la responsabilidad por los daños que ellas puedan ocasionar deba seguir las pautas de la responsabilidad subjetiva; por el contrario, propiciamos que en tales supuestos la responsabilidad sea objetiva. Es que, en definitiva, consideramos que no hay obstáculos legales para tratar a la creación de falsedades como un factor objetivo de atribución de responsabilidad en los términos del art. 1723 del Cód. Civ. y Com.

V.3. Las eximentes

Cualquier régimen de responsabilidad que se aplique debe prever un sistema de eximentes, pues de lo contrario estaríamos creando un supuesto de responsabilidad absoluta que no creemos conveniente ni necesario en este caso.

En la hipótesis que examinamos, la obligación asumida por el fabricante consistiría en garantizar un resultado que, si no se cumple, lo obliga a probar que el daño se debió a una circunstancia externa a su persona (ajenidad causal) (32).

Como podrá apreciarse, la cuestión referida a las eximentes de responsabilidad se resuelve, en el caso de la creación de expectativas, con las mismas reglas que se utilizan para eximir la responsabilidad objetiva en general. El agente dañador deberá demostrar que, por ejemplo, el daño no se debió a una falsa expectativa, sino al mal uso que de él hizo el usuario. También podrá probar que no estimuló indebidamente las expectativas que los usuarios podían albergar con relación al producto. En definitiva, el deudor podrá hacer uso de todas las eximentes que el Cód. Civ. y Com. ofrece en el arts. 1729 a 1732.

En resumen: todo lo relacionado con las eximentes de responsabilidad por la creación de expectativas se resuelve con los mismos criterios de la responsabilidad por la creación de riesgos.

VI. Una propuesta para la futura creación de un factor atributivo de responsabilidad

VI.1. Presentación

Pensamos que una futura reforma del Código Civil y Comercial debería incluir la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad objetiva. Después de todo, nada impide a que se añada a la teoría del riesgo creado un nuevo factor atributivo relacionado con la creación y/o la defraudación de expectativas.

En sentido similar, Pizarro y Vallespinos señalan que: De cualquier modo, conviene insistir en que el ámbito de los factores objetivos de atribución se caracteriza por su marcado pragmatismo. De allí que aquellos constituyan un catálogo abierto que admite nuevas incorporaciones, en la medida en así lo requieran las necesidades sociales (33).

No hay, en definitiva, razones doctrinarias que puedan oponerse a la creación legal de un nuevo FOA. Por otra parte, su fundamento, como hemos visto, sería muy parecido al que sostiene la responsabilidad por el riesgo creado. Una vez que se produce el daño, este puede ser atribuido a la creación de expectativas exageradas que determinaron, por ejemplo, que la cosa dure menos de lo esperado o no cumpla con las prestaciones anheladas, o las cumpla en forma deficitaria de acuerdo con lo que razonablemente se podía exigir.

Otra cuestión que no debe soslayarse es que, en el caso de la responsabilidad por riesgo, se endilga responsabilidad a quien introduce en la sociedad un riesgo que, en la mayoría de los casos, le reporta un beneficio de tipo económico (34). Exactamente lo mismo puede decirse de quien crea expectativas falsas. Ese modo de actuar tiene por finalidad incrementar las ventas y el precio de productos escondiendo una asimetría entre la calidad real del producto o servicio y las expectativas que ocasiona entre la clientela. Es obvio que hay un aprovechamiento económico relacionado con incrementar el optimismo y las expectativas de los adquirentes.

En sentido similar, Vallespinos y Pizarro explican que la teoría del riesgo se justifica en el hecho de que quien lo crea sabe que está introduciendo o potenciando un peligro en la sociedad y, por tal motivo, debe cargar con los daños que esa eventualidad produzca. Pues bien, esa misma justificación es idónea para justificar la creación del nuevo factor atributivo que proponemos.

VI.2. La creación de expectativas en el Código Civil y Comercial. Ideas para su inclusión

VI.2.a. Presentación

En sintonía con lo dicho hasta ahora, vamos presentar algunas ideas que deben considerarse para elaborar una norma jurídica que contenga a la creación de expectativas como factor atributivo de responsabilidad.

Desde el punto de vista sistemático, pensamos que la mejor ubicación de esta norma sería a continuación del art. 1757 del Cód. Civ. y Com. Incluso, sería posible que la norma que proyectamos lleve el número 1757 bis y que se denomine, Creación de expectativas excesivas.

La norma debería contemplar los siguientes aspectos: (a) la legitimación pasiva, para determinar quiénes son los sujetos obligados a mantener el equilibrio entre las expectativas de los adquirentes y la calidad real del producto; (b) la legitimación activa, para precisar quiénes y bajo qué circunstancia podrán invocar la aplicación de este FOA; (c) las eximentes de responsabilidad; (d) la responsabilidad por el riesgo de desarrollo.

VI.2.b. Legitimación pasiva

Los obligados a mantener el equilibrio de las expectativas son, en primer lugar, los productores y/o fabricantes de los productos y los prestadores de los distintos servicios. En este caso seguimos la propuesta contenida en el art. 1757, haciendo que responda toda persona que cree una expectativa exagerada relacionada con la prestación a su cargo. Preferimos esta solución universalista, para no limitar la responsabilidad a los productores y proveedores que actúan en las relaciones de consumo. La creación de falsas expectativas es un tipo de fraude que también puede existir en la contratación paritaria.

VI.2.c. Responsabilidad de los medios de comunicación

El medio más habitual para crear y diseminar expectativas exageradas es, casi en forma exclusiva, la publicidad. Ello nos obliga a pensar si los emisores de esas publicidades (medios de comunicación) podrían ser considerados responsables solidarios con los anunciantes que pagan por la difusión de la publicidad que contiene el engaño.

No está de más recordar que la legislación especial de Colombia (art. 30, ley 1480) extiende la responsabilidad a los medios

de comunicación. Sin embargo, tal extensión solo procede, si se demuestra el dolo o la culpa grave del medio. Creemos que la hipótesis prevista en la ley colombiana no es audaz e innovadora como, en principio, parece ser. Veamos. Si la responsabilidad del productor depende de la comprobación (a cargo del afectado) del dolo o la culpa grave del medio, su aplicación concreta se desvanece. Es que nos parece que será casi imposible que la víctima pueda llegar a demostrar esa grave relación subjetiva entre el medio de comunicación que difunde la publicidad y el anunciante que contrata con el medio la difusión.

En oportunidad de comentar la ley 1480 colombiana, fuimos muy críticos del art. 30 porque pensábamos, y seguimos pensando, que esta clase específica de responsabilidad debe seguir un factor objetivo de atribución, pues, de lo contrario, y debido a severas limitaciones probatorias, se convierte en un mero enunciado legal sin aplicación concreta (35).

Para evitar esos inconvenientes, preferimos no incluir a los medios de comunicación en la norma que proyectamos. Pensamos que su inclusión promete más polémicas que soluciones. La persona que sabe, o debe saber a ciencia cierta, si la expectativa sobre el producto es razonable o exagerada es el fabricante o productor.

El medio de comunicación no está obligado a conocer la información estadística que le permita saber si el aviso publicitario se ajusta a la realidad o si es fraudulento. No nos parece conveniente agregarle esa carga, porque no es esa la actividad propia de los medios de comunicación.

Por otra parte, responsabilizar solidariamente a los medios de comunicación no modifica sustancialmente la protección de la víctima. Los anunciantes de publicidad que contratan grandes campañas publicitarias tienen solvencia suficiente para afrontar el reclamo, individual o colectivo, que le puedan hacer sus clientes. Así las cosas, lo único que se lograría con la inclusión es sumar otro

deudor solvente en una cadena solidaria en la que hay solvencia de sobra.

Además, la inclusión de esta responsabilidad abriría innecesarias polémicas doctrinarias y jurisprudenciales, agregando incertidumbre jurídica en un país donde las incertezas institucionales tienen tal intensidad que, a menudo, hacen peligrar el sistema legal.

VI.2.d. Legitimación activa

En cuanto a los sujetos con aptitud legal para usar este FOA, aconsejamos usar una fórmula amplia, muy similar a la usada en el art. 1712 del Cód. Civ. y Com. que trata sobre la acción preventiva (36). Preferimos no limitar la cuestión a las relaciones de consumo, como lo hace el art. 1102 del Cód. Civ. y Com. referido a la acción de cese de publicidad engañosa (37).

No obstante, es posible que se dé una superposición normativa, porque es sumamente probable que la creación de expectativas se concrete mediante una publicidad falsa. Sin embargo, no debemos perder de vista que no estamos hablando de una acción autónoma, como es el caso previsto en el art. 1102 del Cód. Civ. y Com., sino de la creación de un FOA que solamente se pondrá en marcha cuando exista un daño y un reclamo concreto. La publicidad engañosa supone una infracción formal que queda consumada con la sola aparición del anuncio falso. En cambio, el factor atributivo solo se activa cuando existe un daño concreto y un afectado, particular o colectivo, que lo reclama.

VI.2.e. Las eximentes

En primer lugar, estará disponible la eximente causal. En la medida que el agente logre probar que no hay subordinación causal entre el daño y las expectativas creadas, no habrá obligación de responder. En igual sentido, tampoco habrá responsabilidad, si el fabricante o prestador logran demostrar que las expectativas creadas

sobre el bien o el servicio no fueron exageradas con relación a las prestaciones reales que el producto podía ofrecer.

Finalmente, sugerimos repetir la fórmula del art. 1757 in fine. De esta forma, proponemos que se ratifique el criterio objetivo y la liberación de responsabilidad por la existencia de autorizaciones administrativas para comerciar o promocionar el producto por los medios habituales (38).

VI.2.f. La buena fe

Este principio general del derecho, que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial está incluido en su Título Preliminar, será determinante para que los jueces ponderen cuándo existió una estimulación exagerada de las expectativas y cuándo el daño obedeció a la indiferencia o desidia del usuario o el cliente.

Es que frente a los intereses contrapuestos de los proveedores y de los usuarios, se debe encontrar un equilibrio que permita la razonable convivencia entre el derecho a realizar publicidades que, inevitablemente, ocasionan expectativas y el derecho del usuario a no ser inducido a creer que el producto o servicio ofrece prestaciones que no son reales. La regla de equilibrio no puede ser otra que la buena fe recíproca que cabe exigirle tanto al deudor como al acreedor de la relación jurídica.

Quien asume la obligación de no exagerar las expectativas debe demostrar, sin oscuridades o malentendidos, la calidad, la duración y las prestaciones reales del producto. Para ello, será determinante que el productor consolide su información con datos estadísticos confiables.

VI.2.g. Las expectativas y los riesgos de desarrollo

La primera expectativa que tienen las personas que usan un producto o reciben un servicio es que ello no termine dañando su

persona o su patrimonio. Como hemos visto antes, la obligación de seguridad se debe, con independencia de si al momento de ponerse el producto en la calle se conocía la potencialidad dañosa del producto o del servicio.

En la normativa que proponemos, el productor deberá asumir expresamente la responsabilidad por el riesgo de desarrollo. La norma deberá contener un apartado que disponga que si, al momento de lanzarse el producto al mercado, el fabricante o productor desconocen posibles efectos adversos que se descubren con posterioridad asumen la total responsabilidad por los daños derivados de esa eventualidad.

En concreto y frente al llamado riesgo de desarrollo, el proveedor o fabricante asumen, además de la responsabilidad por los daños ocurridos, dos obligaciones emergentes; a saber: a) comunicar esta situación a todos los usuarios, utilizando para ello todos los medios de comunicación disponibles, para que la comunicación sea masiva e inmediata; b) establecer mecanismos para retirar el producto del mercado, ofreciendo a la clientela afectada un nuevo producto o, si esto no fuera posible, una compensación económica acorde.

VI.2.h. Reflexión final

Estamos comenzando a tomar conciencia del asombroso desarrollo de la inteligencia artificial, los algoritmos, los sesgos del pensamiento, etc.

Es necesario que la ciencia jurídica se haga eco de los nuevos aportes provenientes de las neurociencias. Y, en ese sentido nos parece apropiado culminar este extenso capítulo con una reflexión de Facundo Manes: Uno de los ámbitos en el que la investigación neurocientífica impacta es en el derecho. Conocer sobre los procesos de la conciencia, la interacción social, la responsabilidad individual, el libre albedrío, el riesgo, la memoria, la toma de decisiones y el rol de la empatía contribuye a la reflexión sobre preceptos legales y resoluciones judiciales que hacen de estas cuestiones el objeto de

regulación y dominio. Se genera así un provechoso trabajo interdisciplinario entre las ciencias de la vida y el derecho. En el futuro, la ley y la justicia, por tanto, podrán adecuar sus disposiciones en todo aquello que se vea alcanzado por nuevos conocimientos neurocientíficos rigurosos (39).

O salimos de la encerrona del anacronismo, en la que estamos atrapados hace varias décadas, o el Derecho nacional, muy pronto, se quedará sin vida.

Referencias Bibliográficas:

- (1) "La diferencia es esta: una economía de mercado es una herramienta —una herramienta valiosa y eficaz— para organizar la actividad productiva. Una sociedad de mercado es una manera de vivir en la que los valores mercantiles penetran en cada aspecto de las actividades humanas. Es un lugar donde las relaciones sociales están hechas a imagen del mercado" [SANDEL, Michael, "Lo que el dinero no puede comprar", Ed. Debate, Buenos Aires, 2013, Joaquín Chamorro Mielke (trad.), p. 18].
- (2) ALTERINI, Atilio A., LA LEY, 1996-E, 818.
- (3) "Por otra parte, y en sentido contrario a lo que ha sido propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Tradicionalmente, la demanda de cierto producto o servicio antecedió a la oferta, y esta atendía las necesidades insatisfechas. Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor" (ALTERINI, Atilio A., "El consumidor en la sociedad posmoderna", LA LEY, 1196-E, 818; RCyS 2017-X-283; AR/DOC/10407/2001).
- (4) SANDEL, Michael, "Lo que el dinero no puede comprar", cit., p. 15.

(5) "Si el Derecho admite el salto tecnológico que implica una comunicación a distancia y por medios publicitarios, el enlace es entre el fabricante y el consumidor. El fabricante ofrece sus productos a través de la televisión o de los diarios, o del marketing directo; en estos casos resulta obligado" (LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores...", p. 500).

(6) "En los hechos, 'la publicidad es el producto', porque la gente lo adquiere 'tal como lo percibe mediante la publicidad'; un producto 'es ante todo su imagen', vale decir, 'lo que millones de consumidores creen que es, o lo que asocian con ella', a lo cual se agrega que muchas veces 'los productos se revisten de una diferencia aparente', que solo proviene de que hay una 'propiedad de la marca', que 'no reside en lo que el producto es, sino en lo que hace y sugiere la publicidad..." (ALTERINI, Atilio A., "El consumidor en la sociedad posmoderna", cit.).

(7) "Este sistema es inextricable, porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo, porque no se puede conocer al dueño ni al responsable. Sin embargo, el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos" (LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores...", cit., p. 70).

(8) Cámara Argentina del Comercio Electrónico, <https://www.cace.org.ar/estadisticas>, fecha captura: 09/07/2019.

(9) "Es necesaria la confianza, porque esta se encuentra en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable, anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales" (LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores...", cit., p. 71).

(10) "Por esta razón sostenemos que en el plano conceptual es necesario utilizar la noción de apariencia jurídica para sostener que hay oferta contractual de viene o servicios, y la confianza para juzgar la aceptación" (LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores...", cit., p. 71).

(11) "En 2017 se hicieron 60 millones de pedidos online en sitios nacionales, a un ritmo promedio de 114 por minuto o 2 por segundo. Fueron un 28% más que el año anterior. Con esas órdenes, se compraron 96 millones de productos, a razón de 263.000 por día"

(https://www.clarin.com/sociedad/comercio-electronico-imparable-hacen-compras-segundo_0_HyQNF36uM.html, fecha de captura: 09/07/20129).

(12) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores...", cit., p. 71.

(13) AYRES, Ian, "The No-Reading Problem in Consumer Contract Law", Faculty Scholarship Series, 2014, Paper 4872, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4872, captura: 28/12/2017.

(14) "Así, pues, no sabemos si la confianza da asco, pero lo que desde luego sí hace es engendrar expectativas favorables. Ciertas marcas, ciertos envases... son cosas que pueden hacer sentir mejor. Pero ¿y el precio? ¿Es posible que el precio de un medicamento influya también en nuestra respuesta a él?" (ARIELY, Dan, "Las trampas del deseo...", p. 197).

(15) ARIELY, Dan, "Las trampas del deseo...", cit., p. 23.

(16) "Esta transgresión puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que infringe el sentido general del ordenamiento jurídico. La realización de acciones que aparecen conformes a la ley no basta por sí sola, pues es ineludible ajustar el comportamiento al Derecho en general y como un todo" (HIGHTON de NOLASCO, Elena I., "Título Preliminar del Código civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2015, cita: RC D 1011/2017).

(17) "Con la actual redacción del art. 1724 queda superada toda distinción entre el dolo extracontractual y el que deriva del incumplimiento obligacional. En este último supuesto, el dolo queda configurado por el incumplimiento deliberado de la obligación, cualquiera sea la finalidad perseguida por el obligado (intención de dañar, conocimiento de que dañará o indiferencia ante el daño para el acreedor)". CICCHINO, Paula - SÁENZ, Luis, en BUERES (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación", t. 3 F, p. 216.

(18) THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, "Un pequeño empujón", Ed. Taurus, Buenos Aires, 2018, Belén Urrutia (trad.), p. 61.

(19) "Al igual que mi cuñado, la gente que oye hablar por primera vez del poder de las influencias inconscientes tiene miedo a carecer de libre albedrío o de control sobre su vida. Pero lo irónico es que negarse a creer la evidencia solo por mantener la creencia en el propio libre albedrío, en realidad reduce la auténtica libertad de la persona. Las personas que niegan la mecánica de la sugestión o la posibilidad de recibir influencias que no perciben son justamente las más susceptibles de ser manipuladas" (BARGH, John, "¿Por qué hacemos lo que hacemos?", p. 29).

(20) "La mayoría de la gente es consciente de que la tentación existe, por eso toma medidas para vencerla. El ejemplo clásico es el de Ulises, que afrontó el peligro de las sirenas y su canto irresistible. En frío Ulises ordenó a la tripulación que se tapara los oídos con cera para que la música no les tentara. También pidió que le ataran al mástil para poder escuchar la música y que las ligaduras le impidieran sucumbir, en caliente, a la tentación de dirigir la nave hacia ellas" (THALER, Richard - SUNSTEIN, Cass, "Un pequeño empujón...", cit. ps. 58 y 59).

(21) "Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos, pero también pueden surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar concreto que pueda considerarse como ilícito" (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, t. 1, p. 127).

(22) PIZARRO - VALLESPINOS, "Tratado de responsabilidad civil", ps. 432 y 433.

(23) ALTERINI, Atilio A., "El consumidor en la sociedad posmoderna", cit.

(24) "El lego se asombra cuando advierte la trama oculta de los detalles tenidos en cuenta por la publicidad. Los arcos de McDonald's han permanecido como motivo arquitectónico de sus restaurantes, porque representan el pecho materno, provocando la asociación subconsciente con el alimento. La etiqueta del envase del jugo de verduras V8 se destaca especialmente, porque es impresa a cinco colores; y no a cuatro, como los libros y las revistas comunes, lo cual le asigna un intenso colorido que resulta atractivo para el consumidor

(Hine)" (ALTERINI, Atilio A., "El consumidor en la sociedad posmoderna", cit.).

(25) "¿Cuáles fueron los resultados? Pues que ni los más elegantes recipientes pudieron persuadir a ninguno de nuestros cafeteros a que añadiera condimentos extraños a su café... Pero lo interesante del caso fue que, cuando los condimentos extraños se ofrecían en recipientes elegantes, aumentaba en gran medida la probabilidad de que las personas que probaban el café no dijeran que les gustaba un montón, estuvieran dispuestas a pagar un precio más alto por él y recomendaran que se debería empezar a servir aquella nueva mezcla en la cafetería. En otras palabras: cuando todo lo que rodeaba al café parecía de primera calidad, también su sabor resultaba serlo" (ARIELY, Dan, "Las trampas del deseo", cit., p. 178).

(26) "A lo largo de este libro he descrito experimentos que esperaba que resultaran tan sorprendentes como ilustrativos. Y si lo eran, ello se debía en gran parte al hecho de que resultaban el presupuesto común de que todos somos fundamentalmente racionales. Una y otra vez he proporcionado ejemplos que contradicen aquella definición shakesperiana... y nuestra comprensión resulta ser más bien pobre..." (ARIELY, Dan, "Las trampas del deseo", cit., p. 252).

(27) "Mi siguiente información es la de que no sólo somos irracionales, sino previsiblemente irracionales; es decir, que nuestra irracionalidad se produce siempre del mismo modo una y otra vez. Ya actuemos como consumidores, como empresario o como responsables de decisiones políticas, comprender el modo en que somos previsiblemente irracionales proporciona un punto de partida para mejorar nuestra capacidad de decisión, cambiando para mejor nuestra forma de vida" (ARIELY, Dan, "Las trampas del deseo", cit., p. 18).

(28) BARGH, John, "¿Por qué hacemos lo que hacemos?", cit., p. 33.

(29) "Casi todos los humanos vemos al mundo más benigno de lo que realmente es, nuestras capacidades más estimables de lo que realmente son, y los fines que perseguimos más fáciles de lograr de lo que realmente son. También tendemos a exagerar nuestra capacidad

para predecir el futuro, lo cual fomenta un optimista exceso de confianza. Por sus consecuencias para las decisiones, el sesgo optimista puede muy bien considerarse el más destacable de los sesgos cognitivos. Como el sesgo optimista lo mismo puede bendecirnos que condenarnos, quien sea optimista por temperamento debería ser precavido en medio de su contento" (KAHNEMAN, Daniel, "Pensar rápido, pensar despacio", Ed. Debate, 2018, Joaquín Chamorro Mielke (trad.), p. 334).

(30) La preponderancia absoluta de las obligaciones de resultado sobre aquellas que son de medios, hace impensable que la norma de clausura, en materia de responsabilidad, se incline en favor del factor subjetivo de atribución. Como ya lo dijimos en otros trabajos, esta nos parece una de las contradicciones más flagrantes del actual Código:..no se entiende el sentido establecer una norma de clausura subjetivista, cuando todo el sistema se ha corrido hacia la objetivación de la responsabilidad. Sin embargo, y más allá de señalar la contradicción incomprensible de la norma, no debemos prestarle mayor atención, porque la declinación de la responsabilidad subjetiva no tiene retorno en nuestro ordenamiento jurídico (SHINA, Fernando, "Desarrollo tecnológico y responsabilidad. Los nuevos desafíos del derecho", SAIJ, 18/05/2018).

(31) "Los factores de atribución de carácter subjetivo están perfectamente individualizados y tipificados civilmente para todo tipo de responsabilidad. Ellos son la culpa y el dolo. Ambos son comprendidos bajo el concepto de culpabilidad. Por nuestra parte, entendemos que se ha omitido enumerar en este artículo a la mala fe como factor de atribución subjetivo que puede ser evaluado objetivamente, a pesar de estar referenciada, como tal, en numerosas normas, como se hará conocer infra" [ALTERINI, J. - ALTERINI, I., en ALTERINI, Jorge (dir. gral.), "Código Civil y Comercial comentado...", t. VIII, p. 119].

(32) "...en las obligaciones de medio el acreedor no está obligado a probar la culpa cuya existencia se va a presumir una vez que se acreditó el incumplimiento y el deudor sólo se eximirá de responder si demuestra que ese incumplimiento no le es imputable por haber

mediado una situación de casus" [ALTERINI, Jorge (dir. gral.), "Código Civil y Comercial comentado...", t. VIII, p. 115].

(33) PIZARRO - VALLESPINOS, "Tratado de responsabilidad civil", cit., t. 1, p. 453.

(34) "Ante todo, el riesgo... Supone la introducción en la comunidad de alguna situación... que agrava el peligro de dañar, al potenciar o multiplicar la posibilidad de que resulten perjuicios" (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil", cit., t. 1, p. 631).

(35) "Piense el lector, ¿cómo podrá acreditar un usuario que un canal de televisión actuó con dolo o negligencia grave frente a una publicidad de zapatillas que sale al aire? Es poco menos que imposible que logre probar el elemento subjetivo requerido, y es aún más improbable que lo intente. Se trata de una norma enfática y cargada de buenas intenciones, pero, creemos, de escasa aplicación práctica" (SHINA, Fernando, "Estatuto del consumidor", Ed. Astrea - Universidad de Rosario, Bogotá, 2017, p. 154).

(36) Cód. Civ. y Com. Art. 1712: Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

(37) Cód. Civ. y Com. Art. 1102. Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

(38) Cód. Civ. y Com. Art. 1757:... La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

(39) MANES, Mauricio, "El cerebro del futuro", Ed. Planeta, Buenos Aires, 2018, p. 429.

Derecho y neurociencias. El futuro que ya empezó hace décadas. Un elogio al oxímoron jurídico

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF190158

[Consultado el: 12/04/2022]

A. La autonomía de la voluntad (AV) como formulación contrafáctica.

I. Presentación.

En los próximos años el Derecho va a estar en un estado de inquietante deliberación, cuestionando y derribando algunas verdades mitológicas que durante más de un siglo fueron postuladas como principios pétreos y hoy se muestran tan lábiles como una promesa de un amor estudiantil.

El primer mito que transita su ocaso es el que afirma la existencia de un acto jurídico voluntario integrado con discernimiento, intención y libertad. Se trata, según iremos viendo, de una fórmula vacía de contenido porque en los hechos muy pocos de los actos que concretamos tienen siquiera uno de esos elementos. Pensar que el discernimiento es lo determinante de un acto y prescindir de la actividad inconsciente es, como dice John Bargh, dejar a la mente en estado de ceguera (1). Es hora de que el derecho le haga un lugar al estudio de la mente oculta; ya no es un secreto que el inconsciente es tanto o más determinante, o más, que el discernimiento racional a la hora de concretar todas nuestras acciones.

Nos estamos despidiendo de ese acto jurídico voluntario que es más una elaboración jurídica utilitaria que una descripción del quehacer humano; ello, naturalmente, sin soslayar que, a partir de esa figura triangular compuesta por el discernimiento, la intención y la libertad, se organizó buena parte de la teoría general y del contrato y de la responsabilidad.

Es que, nos guste o no, ya sabemos que el discernimiento, al que le asignamos una preponderancia determinante en todos los actos de nuestra vida, es muchísimo menos frecuente de lo que imaginamos y de lo que nos hicieron creer. Los actos que concretamos con pleno ejercicio son bastante infrecuentes en nuestro quehacer diario. En ese mismo sentido, pensamos que la sobreestimada autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que un exagerado elogio al discernimiento y a una libertad formal, ha perdido la centralidad que tuvo en el Derecho privado durante 150 años.

No estamos atravesando, como ocurrió a mitad del siglo veinte, (2) a una crisis de ese principio, sino que asistimos a su ocaso irrevocable. Mosset Iturraspe, siempre lúcido y vanguardista, citando a doctrina francesa nos habla de una decadencia tan pronunciada del contrato tradicional que pelagra su futuro. Ese futuro, del que habla Mosset Iturraspe, ya empezó hace tres décadas, se manifiesta mediante un notorio desplazamiento del contrato paritario empujado por las relaciones de consumo. Las relaciones de consumo, como todos sabemos, se desenvuelven muy lejos de la voluntad autónoma de los consumidores (3).

No es un problema de tipo ideológico en donde confronta el modelo de libre mercado versus su opuesto, el modelo intervencionista. Esa es la forma en que habitualmente la doctrina ha encarado la problemática referida a la autonomía de la voluntad. Desde luego, no negamos la relación intrínseca que existe entre la autonomía de la voluntad, la obligatoriedad de los contratos, la no intervención oficial del mercado y la distribución de riqueza.

El sistema de distribución de riqueza que propone el capitalismo trata esos asuntos y no podemos discutirlos con profundidad en este trabajo (4). De momento, nos alcanza con señalar nuestra coincidencia con autores como Michael Sandel que sostiene que vivimos en sociedades de consumo en las cuales el mercado tiene una preocupante preponderancia en nuestro quehacer diario. También coincidimos con Sandel, que esa excesiva intromisión de los mercados en nuestras (5) vidas no es algo que hayamos elegido libremente.

El problema que queremos investigar y poner de relieve en este trabajo no está en el mercado, sino en la forma en la que el Derecho concibió al sujeto. Pensamos que el acto voluntario, entendido como un concepto que se integra con el discernimiento, la intención y la libertad, es insostenible a la luz de las nuevas investigaciones científicas.

Waldo Sobrino, que también se ocupa de estos temas dice, con buena pluma, que ese acto jurídico voluntario es poco menos que una ficción jurídica que, para colmo, termina perjudicando a la parte más débil de los actos jurídicos destinados a crear obligaciones (6).

Para ir terminando estas notas introductorias, no está de más recordar que el problema del acto humano, individual, voluntario, y, sobre todo, libre no es una construcción aislada del Derecho. Si se analiza la cuestión más detenidamente se advertirá que todas las democracias liberales que conocemos se han organizado a partir de la creencia, un poco exagerada, de que el elector es un individuo enteramente racional que ejerce su opción cívica con discernimiento y control de sus reflexiones (7). Eso quiere decir que el sistema legal asume que el mismo sujeto que contrata con autonomía de la voluntad, elige, con esa misma autonomía del pensamiento, a sus gobernantes. Hoy se sabe que todas estas suposiciones, que sobre el sujeto hace el sistema legal, son sencillamente falsas.

Pensadores de la talla de Yuval Noah Harari (8) han dicho que esta construcción conceptual de la ciencia política es, ni más ni

menos, una fantasía occidental chovinista; un alarde autorreferencial de virtudes propias. Lo cierto es que nunca actuamos con ese grado de autonomía y lo peor que podemos hacer es negar la existencia de lo que John Bargh denomina la mente oculta y que vincula todo nuestro proceso voluntario a un pasado y a un futuro que opera, oculto, a través del inconsciente (9).

La actividad inconsciente forma parte de la estructura de la personalidad humana y el derecho no puede seguir dándole la espalda. El inconsciente no es un agente invasor, sino que forma parte de nuestro ser. Una parte muy importante, por cierto (10).

Todas estas lecturas y reflexiones que tomamos de otras ciencias nos están mostrando con mucha claridad la urgente necesidad de que los hombres de derecho comencemos a estudiar, con mayor profundidad, la estructura psíquica del sujeto. Porque, como bien explica Bargh: Dependiendo de las fuerzas ocultas que actúan en nuestro presente mental en cualquier momento, compramos diversos productos (y distintas cantidades), interactuamos con los demás de forma diferente y logramos un distinto rendimiento (11).

Es ya evidente que el acto voluntario es mucho más que un triángulo equilátero compuesto por el discernimiento, la intención y la libertad.

II. Autocrítica y puesta en marcha hacia el futuro.

Nunca está de más hacer un poco de autocrítica y, sin eufemismos, admitir que los juristas venimos pifiando el objeto de nuestros estudios desde hace rato. Un ejemplo de esta situación es que, de hecho, hemos perdido demasiado tiempo analizando la información que se les debe ofrecer a los consumidores sin indagar porqué ellos le tienen tanta aversión a recibir información real y concreta. Ello, en parte, se debe a que nos quedamos atascados en una verdad tan evidente como parcial (los proveedores escatiman la información) y nos desentendimos del verdadero problema implicado

en la información. Nos conformamos con la obviedad que decir que los proveedores no quieren suministrar información, pero no nos detuvimos en pensar por qué razón los usuarios tampoco quieren recibirla. Es muy probable que los fabricantes de un producto eviten dar informaciones para no exponer las debilidades del producto, pero también es cierto que los consumidores no quieren despertarse de la confortable ensoñación de las falsas expectativas.

Nos pasamos años mirando un solo lado el problema, descargando enfáticas críticas contra un proveedor reticente y un mercado despiadado, sin examinar la reticencia del usuario (12). Hoy sabemos, con el peso de las evidencias científicas, que el usuario no quiere recibir ese conocimiento que convierte sus fantasías más espléndidas en realidades bastante más mólicas.

Creemos, en definitiva, que el Derecho dedicó demasiado tiempo al estudio de las estructuras normativas y dejó sin estudiar las estructuras psíquicas del individuo. O sea: derrochamos tiempo estudiando lo menos complejo (la norma jurídica) y dejamos a la deriva lo único importante para la ciencia jurídica: el sujeto.

Richard Thaler en su libro *Portarse mal* (2017) nos señala que, tanto la economía, como las ciencias jurídicas deben tomar nota de la verdadera condición humana (13).

Uno de los motivos determinantes que nos impulsan a proponer revisiones estructurales y urgentes en las teorías clásicas del derecho proviene de constatar que, desde hace varias décadas, las empresas que dinamizan la economía global están estudiando, rigurosamente y sin los prejuicios de las ciencias jurídicas, las tendencias conductuales de los hombres (14). El derecho no puede quedar, una vez más, rezagado. O, mejor dicho, debe empezar a acortar las distancias que lo separan de una modernidad que marcha mucho más rápido que los programas de nuestras escuelas de Derecho.

III. Amigarnos con la evolución histórica.

El sujeto es una combinación de tramas emocionales que entrelazan al pasado con el presente para elaborar el lento porvenir. No es posible saber hacia dónde vamos sin antes saber de dónde venimos porque, en definitiva, somos una acumulación de recuerdos infantiles que sin pedirnos permiso asumen la forma de un proyecto de vida. Es muy probable que, cuando decimos que queremos hacer algo y que hacemos lo que queremos, en verdad, lejos de hacer lo deseado, apenas cumplimos el dictado de un riguroso recuerdo que circula por nuestra mente oculta. John Bargh lo explica con mayor precisión que nosotros y vale la pena que el lector se tome unos minutos para leer la reflexión completa de este autor (15).

Antes de examinar los tópicos de este capítulo, creemos necesario hacer una breve evolución histórica que explique cómo el principio de la autonomía de la voluntad pasó de ser una regla dominante a ser una pauta residual en el Derecho Privado contemporáneo. Para ello, no podemos soslayar que el Derecho que conocemos desde la primera codificación (1871) se construyó a partir de una pirámide que colocó a la autonomía de la voluntad en su cima (16).

La autonomía de la voluntad pasó de ser el mayor significante de la teoría general del acto jurídico a ser un principio solamente útil para explicar la formación de los contratos paritarios que, como es sabido, son sumamente infrecuentes. En la actualidad, el tráfico de bienes y servicios se realiza en forma casi exclusiva mediante contratos de consumo y de adhesión, tipos contractuales cuya característica principal es que se no se concretan mediante un acuerdo de voluntades. Esto determina que la autonomía de la voluntad dejó de ser determinante en la formación contratos.

Sin perjuicio de lo dicho, no queremos ser malinterpretados ni caer en exageraciones que justifiquen las confusiones. No estamos diciendo que desapareció la voluntad del individuo o que ya no gozamos de ese atributo tan distintivo del ser humano. Pero sí

queremos significar que ese concepto ya no puede ser utilizado como lo hizo el Derecho durante un siglo y medio. Como iremos viendo, son contados los casos en los que celebramos un contrato con pleno ejercicio del discernimiento, la intención y la libertad prescritos en el art. 260 del CCyC.

Es que, como explica John Bargh, somos entes pulsionales que actuamos para sobrevivir y para reproducirnos. Esas dos pulsiones, que nos mantienen con vida en el presente y nos aseguran la continuidad hacia el futuro, son muchísimo más influyentes de nuestra voluntad - y luego de nuestras decisiones conscientes - que el discernimiento, la intención y la libertad que usa el derecho para definir a la voluntad humana (17).

Waldo Sobrino explica, sin vacilaciones, la casi nula participación que los contratos paritarios en el sistema de tráfico comercial actual (18). Por nuestra parte, también nos hemos ocupado de estas cuestiones también en otros trabajos publicados cuando recién aparecía el Código Civil y Comercial (19).

Hace muchos años que pensamos que la relación que existe entre la voluntad individual y la formación de los contratos es un artificio legal. También pensamos que la finalidad de esa ficción es de suma importancia para la economía de libre mercado porque procura dar certeza jurídica y compulsión legal a los contratos. Dicho sin ambages: para el derecho y para la economía liberal es mucho más importante la exigibilidad del contrato que los términos y la extensión, más bien difusos, del discernimiento, la intención y la libertad que el sujeto tuvo al momento de concretarlo.

IV. La seguridad jurídica no es un principio ético, sino una regla económica.

De lo dicho hasta ahora, se desprende una primera conclusión: el elemento más importante de los contratos es su obligatoriedad. La exigibilidad de los acuerdos es una regla universal y

por eso en todo el mundo se afirma: *pacta sunt servanda, pacta sunt servanda!* Lo que este aforismo universal pone en juego no es la puridad conceptual relacionada con la formación de los contratos, o si estos son de adhesión o de consumo, o ambas cosas simultáneamente, sino la seguridad jurídica. No debemos perder de vista que la teoría general del contrato es un sistema legal cuya finalidad es otorgar certeza al tráfico de la riqueza que circula mediante los contratos. Estamos hablando de los miles y millones de dólares que por segundo van y vienen de una cuenta a otra, producto de un intercambio comercial cada vez más masivo y cada vez más global.

Queremos enfatizar nuevamente que no tenemos opinión adversa frente a esta descripción del mundo capitalista en general y de las sociedades de consumo en particular, pero tampoco podemos disimular que la seguridad jurídica tiene una relación directa con la economía de mercado y no con la moral. Por eso, disentimos con aquellas teorías, mayoritarias en Argentina, que fundamentan la exigibilidad del contrato en una cuestión moral relacionada con la palabra empeñada (20).

No obstante, también es importante señalar que esa relación entre la seguridad jurídica y las reglas de la economía no implica, en sí misma, que no puedan convivir algunas reglas éticas con algunas certezas jurídicas. Lorenzetti describe muy bien estas situaciones cuando, al examinar la teoría general del contrato, habla de una arquitectura contractual constitutiva del sistema económico liberal (21).

Es por eso que no debe sorprender que la voluntad del sujeto siempre aparezca subordinada a su capacidad de obligarse, como si la voluntad y la obligatoriedad estuvieran unidos por una dependencia conceptual imposible de desatar (22). Tan estrechas son esas nociones que no es fácil determinar si el acto jurídico es obligatorio porque fue voluntario o si se lo declaró voluntario para hacerlo obligatorio (23).

En este esquema, el individuo es liberado a los empujones para que, libremente, se obligue a cumplir, con empujones más

rigurosos, la palabra empeñada por más que ella sea desfavorable a sus intereses. Es una libertad artificial que disimula, con el barniz de la seguridad jurídica y con las burbujas de una libertad embriagadora, los contenidos injustos pero obligatorios de los contratos.

Algunos autores, haciendo uso notable de la hipérbole, hablan de la soberanía de la voluntad del sujeto (24). En verdad, de lo único que hablan es de la obligatoriedad contractual. Por eso, no nos parece exagerado el siguiente enunciado que encuadramos así:

La autonomía de la voluntad, puesta al servicio de la obligatoriedad permitió, desde siempre, la existencia legal de contratos injustos en sus contenidos y exigibles por ley.

La Autonomía de la voluntad es un axioma contrafáctico porque contiene un enunciado libertario que casi siempre se articula mediante renunciaciones a derechos.

Cada vez que una estipulación es de dudosa equidad, se la subsana invocando la autonomía de la voluntad para convalidarla. Y siempre se apela a la inagotable excusa de preservar una seguridad jurídica abstracta y genérica que siempre trae perjuicios y menoscabos particulares y particularmente individualizados. Dicho con otras palabras: la mayoría de las veces la seguridad jurídica sólo asegura una restricción al derecho individual. Creemos que hay que entender que la Autonomía de la Voluntad fue siempre una función de la seguridad jurídica; más aún: es una llave maestra que permite saltar la equidad contractual para privilegiar la obligatoriedad de los contratos.

La puja entre la seguridad Jurídica y la equidad es una discusión ideológica sobre la distribución de la riqueza, y la autonomía de la voluntad, metida de lleno en esa polémica irresuelta, siempre privilegió la seguridad del tráfico sobre la equidad del negocio.

Para autores como el Maestro Mosset Iturraspe, el postulado liberal de la autonomía de la voluntad sólo asegura la supremacía de la

voluntad del más fuerte (económicamente) sobre la del más débil (25). Coincidimos desde siempre con esta tesis, sin perjuicio de admitir que ella es minoritaria en nuestra escuela que sigue un pensamiento que oscila entre soliloquios y eufemismos que disimulan lo que claramente postula Mosset Iturraspe.

Por su parte, Lorenzetti y otros autores sostienen que la autonomía de la voluntad es la expresión de una libertad que se concreta con la decisión de obligarse. Para este pensamiento el momento culminante de la libertad individual se concreta con la decisión de autoobligarse; y una vez asumido ese compromiso, la autonomía de la voluntad cede el reinado de la libertad a la seguridad jurídica (26).

Naturalmente, esta tesis no postula, al menos no lo hace en forma directa, una abdicación de la equidad, pero nos resulta evidente que ella queda relegada por la decisión voluntaria de obligarse (27). Este pensamiento no niega las reflexiones de Mosset Iturraspe que antes compartimos, sino que utiliza el disfraz de los eufemismos para esquivarlas. Así, no se define ni la libertad del individuo ni la autonomía de su voluntad, sino que se degradan ambas nociones con un sentido claramente utilitario hasta convertirlas en mera declaración de autoobligarse.

En síntesis: la autonomía de la voluntad, según pensamos, es una regla contrafáctica porque asegura una libertad individual, tan extrema como apócrifa, que se concreta con la autoobligación a condiciones contractuales adversas. Esta intensidad en los alcances de la libertad contractual es funcional a las economías liberales más conservadoras y no tiene nada que ver con las reglas éticas que valoran el cumplimiento de la empeñada (28).

B. Las neurociencias y la teoría general del acto jurídico. Del pánico a la perplejidad.

I. Cuestión terminológica y preliminar.

La voz neurociencia alude al estudio biológico del cerebro. Lo primero que debemos señalar es que ese estudio, desde cualquier punto de vista que se lo examine, excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, tratar de acercarnos un poco al funcionamiento de nuestro sistema nervioso central es imprescindible para que entendamos porqué actuamos de la forma en que lo hacemos, además de señalarnos que no siempre nuestras decisiones obedecen a elucubraciones racionales.

En ese orden de ideas, no es abundante aclarar que este trabajo no tiene otra pretensión que la de dar un puntapié inicial que alerte sobre la existencia y desarrollo de nuevos conocimientos científicos que, seguramente, van a cambiar definitivamente los ejes de las tres teorías basales del Derecho privado que conocemos; a saber: (a) la teoría general del acto jurídico; (b) la teoría general del contrato y (c) la teoría general de la responsabilidad.

En suma, y como bien apunta Waldo Sobrino evocando a Carlos Ghersi; estas anotaciones tan preliminares y limitadas no son otra cosa más que un ejercicio de 'doctrinarios curiosos e inquietos.'(29). En sentido similar, pensamos que esos nuevos conocimientos nos deben dar ánimos para salir del pánico paralizante, que frecuentemente traen aparejadas las novedades, y que asumamos, con cierto optimismo, la perplejidad, el asombro y el desconcierto que nos obligan a repensar las cuestiones que hasta hace muy poco dábamos por seguro.

La mayoría de las veces, nuestra intención está relacionada, como dice Estanislao Bachrach, a estados cerebrales que dependen de la actividad que se suscita entre las neuronas y los neurotransmisores. Esos mecanismos son los que finalmente explican la mayoría de las

acciones que realizamos. Lo que conocemos con el nombre de 'intención' está muchísimo más asociado a esos estados mentales que a nuestra voluntad moral de actuar de una forma determinada. Dicho de otro modo, y como más adelante veremos, una descarga de dopamina puede hacer con nosotros cosas que seguramente no lograría una larga reflexión (30).

Debemos admitir, sin falsos pudores, que no podemos hacer ningún aporte para descifrar ni una de las muchas incógnitas que rodean al cerebro humano. No obstante, somos conscientes de que cada vez resulta más desatinado pretender estudiar ciencias sociales sin tener un conocimiento más profundo de los procesos cerebrales que explican buena parte de las decisiones que tomamos permanentemente (31).

Tampoco se nos escapa que las novedosas ideas que vamos descubriendo a partir del estudio otras ciencias representan un golpe letal a la teoría general del acto jurídico, cuya existencia depende de nuestro discernimiento, intención y libertad. Esos atributos son, precisamente, los que estamos poniendo en duda, al menos en lo que se refiere a su intensidad y al verdadero alcance que tienen como determinantes de las acciones que realizamos y de las decisiones que tomamos.

Esta incertidumbre, que surge de nuestra insuficiente comprensión de las ciencias, afortunadamente nos provoca, por suerte, más perplejidad que pánico. Y es eso lo que queremos transmitir. Creemos sinceramente que lo mejor que le puede pasar a las nuevas generaciones de juristas es pasar unos cuantos años en estado de asombro y vacilación porque esas sensaciones impulsan la creatividad y permiten escapar del temor que nos hace demasiado conservadores de ideas que, aun reconociendo que son obsoletas, nos resistimos a modificar.

Es necesario redefinir el concepto de acto voluntario que nos ofrece el Derecho civil, sin que ello implique el anuncio de un

apocalipsis. Se trata de señalar, con la mayor claridad posible, que no actuamos con el discernimiento, la intención y la libertad que nos atribuye el art. 260 del CCyC. Esto, desde luego, no significa que no tengamos ningún control voluntario de nuestros actos, sino que ese control, como señala John Bargh, es menos poderosos de lo que solíamos creer (32).

Como bien dice Yuval Harari, no debemos retroceder por el temor que produce despojarse de viejas ideas que se aceptan más por costumbre que por convencimiento (33).

Facundo Manes nos sorprende cuando reflexiona que hay que afrontar el desafío de un futuro que ya empezó. Este pensamiento encierra un oxímoron que consiste en pensar un porvenir que se concretó en tiempo pasado. Sin embargo, estamos seguros de que Manes no intenta un recurso literario, sino que quiere advertir sobre la necesidad de tener una agenda académica de futuro para salir del atraso científico que padecemos, sobre todo en las ciencias jurídicas (34).

II. ¿Acto voluntario o combinación de neurotransmisores?

Las cuestiones que hemos tratado en el acápite introductorio nos sirven, en primer lugar, para clarificar las limitaciones de nuestro estudio, asumiendo que esas insuficiencias se relacionan con la complejidad de lo que estamos estudiando y con la escasez de nuestro conocimiento. Sin embargo, lo que fuimos viendo nos alcanza y sobra para permitirnos realizar una serie de preguntas, aun admitiendo que no tendremos respuesta precisa para todas ellas. A veces es más importante formular un dilema que tratar de resolverlo apresuradamente. Como bien dice Nassim Taleb, muchas veces no descubrir nada es una tarea muy valiosa porque ese fracaso tiene varias secuelas valiosas. En primer lugar, el intento fallido revela la necesidad de inventar o descifrar algo que no está en el presente o bien modificar lo que existe pero que ya no sirve (35).

En ese orden de ideas, nos preguntamos qué pasaría con la teoría general del acto jurídico si llegáramos a la conclusión de que no tenemos, al menos no con la intensidad que suponíamos, ni discernimiento, ni intención ni libertad para tomar decisiones. Es evidente que tal conclusión produciría un verdadero desbarajuste en las estructuras del Derecho Privado que, precisamente, se organizó a partir de la existencia de un acto voluntario al que -utilitariamente - se le atribuyeron cualidades excesivas. Pues bien; a eso apuntamos: a poner en crisis las bases, no tan sólidas, sobre las que se organizó buena parte del ese derecho privado. Esa misma organización es receptada por el Código Civil y Comercial que, en palabras de Lorenzetti, se levanta a partir de los principios de libre contratación y seguridad jurídica que antes vimos (36).

Los Alterini aciertan cuando señalan que nuestro ordenamiento legal presume, admitiendo prueba en contrario, que al momento de celebrar los actos jurídicos tenemos discernimiento. Esto significa que el sistema normativo presume que comprendemos adecuadamente los actos que celebramos y sus consecuencias (37).

Sin embargo, ¿qué ocurriría si se descubriera que la realidad es inversa a la presunción legal de discernimiento? ¿Qué pasaría si se comprobara que la mayoría de los actos jurídicos que hemos dado, y que en futuro daremos, carecen de discernimiento y presentan una intención difusa? No hace falta esperar mucho para responder a esos interrogantes porque la ciencia hace varias décadas sabe que muy pocas veces actuamos racionalmente. En nuestras decisiones cotidianas prevalece, como señala Harari, las reacciones emocionales sobre los análisis racionales (38).

Daniel Kahneman y Amos Tversky (1937 - 1996)(39) fueron, sin dudas, los pioneros a la hora de desafiar las teorías que acentuaban excesivamente la racionalidad en la toma de decisiones (40). Los estudios de estos dos brillantes pensadores comienzan a principios de la década del setenta y, en el 2002 le valieron el Premio Nobel que

Kahneman recibió en soledad porque su inseparable amigo Amos había muerto en 1996, a los 59 años (41). Kahneman y Tversky.

A partir de esas primeras investigaciones y luego de muchos otros desarrollos que ya llevan casi medio siglo, se empieza a vislumbrar con mayor claridad lo que Kahneman y Tversky explicaban a principios de los setenta; esto es que todas las decisiones que tomamos, como señalan Manes y Niro (42) están estrechamente vinculadas con un mundo inconsciente cuya comprensión requiere un acercamiento a las psicología cognitiva.

Los estudios neurológicos revelan que en el cerebro humano funciona algo parecido a un centro de premios y recompensas que se activa para hacernos felices, o, al menos, para darnos el impulso necesario para que intentemos esa ímproba tarea. Entienda el lector; no es que desde la cabeza bajen cantidades de felicidad para que la usemos como una pomada que nos ablande el corazón, sino que el cerebro nos ordena realizar ciertas acciones que prometen una recompensa o, una porción de felicidad.

El centro de recompensas cerebral se pone en marcha por estímulos que se reciben del exterior. Veamos un ejemplo que ilustre esta situación. Pensemos, con un poco de humor, en una publicidad televisiva de un simple jabón de tocador. El aviso imaginario nos muestra a una bellísima mujer bañándose dentro de una formidable tinaja de la que le sale un vapor denso y húmedo, producido por la temperatura del agua y de nuestras emociones; ella, la mujer, está sola dentro del bañera y nosotros, de este lado de la pantalla, tirados en un sofá la vemos esparcir lentamente la jabonosa espuma sobre su piel. Esa imagen, con relativa inmediatez, dispara un chorro de dopamina (neurotransmisor neuronal) que es la sustancia que, finalmente, nos hará saltar del viejo sillón, tan acostumbrado a nuestras amarguras, y salir corriendo, ilusionados y llenos de renovadas esperanzas, al almacén más cercano a comprar ese jabón mágico.

La dopamina, ciertamente, no asegura felicidad, pero nos impulsa, casi sin control, a tomar las medidas necesarias para lograr la recompensa prometida(43). Ese es el motor de arranque de la decisión y, como puede verse, tiene muy poco que ver con el discernimiento y la intención, y mucho que ver con el impulso y el deseo.

Y, llegados a este punto, pensamos que la pregunta que cabe formular es si, al momento de comprar el jabón, el escaso discernimiento que nos queda relacionó el precio del producto con su calidad o si fue la bella mujer quien, desde la tinaja, impulsó esa compra con el motor de alegrías venideras. Está claro, pero vale remarcarlo, que en ejemplo humorístico no hay una cuestión de género, sino que se trata de entender cómo funciona la estructura psíquica humana. Es seguro que pagaríamos mil veces el precio del jabón para mantener viva la ilusión de encontrarnos con ella al regresar en nuestra bañera al del almacén; y también, amigo lector, es seguro que ella no estará en nuestra casa esperándonos. Sin embargo, y acá es cuando la cuestión se pone más seria, esa equívoca relación causal entre la compra del jabón y la recompensa prometida no genera una reflexión racional, sino que renueva el impulso y nos empuja a seguir buscando premios falsos deliberadamente prometidos. Es así como se ponen en marcha los nefastos mecanismos de las muchas adicciones que pueden arruinar nuestras vidas (44).

Naturalmente, no queremos decir que el problema está en el sistema nervioso central, pero sí queremos poner de relieve lo poco que conocemos sobre el funcionamiento del inconsciente y los peligros de esa ignorancia en el ámbito de las ciencias jurídicas. Es preciso entender, aun a riesgo de cometer alguna exageración, que nuestras decisiones están más asociadas a la dopamina que al discernimiento que describe el art. 260 del CCyC.

Una vez expuesto el predominio del acto impulsivo e intuitivo sobre el racional y reflexivo es necesario examinar otra cuestión de la misma importancia: ¿es posible controlar parcialmente el impulso y

permitir la participación de pensamientos más racionales a la hora de tomar decisiones? ¿Somos enteramente compulsivos o es posible lograr un equilibrio entre el impulso y la razón? ¿Cómo hace el derecho para lograr que ese sujeto, antes de pagar, entienda que no hay ninguna relación causal entre la marca del jabón que usa y el amor que busca para atenuar la tristeza? La ciencia nos está mostrando un individuo cuya estructura psíquica es bicéfala, como si respondiera a dos jefaturas que emiten órdenes de muy distinta índole. Una de esas burocracias es más racional y planifica soluciones a largo plazo. La otra es impulsiva y atiende nuestros deseos urgentes. En definitiva, sabemos que una parte de nuestra conciencia nos demanda placeres inmediatos y la otra nos impone una especie de ajuste fiscal del deseo que posterga el premio invocando una conveniencia, un poco abstracta, que se relaciona con el largo plazo (45).

Nosotros pensamos que ambas partes deben convivir y que el equilibrio entre la tentación de la felicidad inmediata y la planificación de una felicidad que se concreta en plazos más largos es posible. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esa convivencia es posible lo cual no significa que sea fácil ni que se active automáticamente. Al contrario, muchas veces esa tensión entre el placer urgente y la necesidad de diferirlo produce angustia y malestar. O, acaso, lector y confidente: ¿nunca te has reprochado la postergación de un placer que se ofrecía a la mano?; o, ¿no te arrepentiste, alguna vez, de haber satisfecho un placer urgente, pero de resultados nefastos? Las respuestas a estos interrogantes, que ya todos conocemos no te incriminan; apenas demuestran la perogrullada de que somos humanos y que, por lo tanto, necesitamos una teoría jurídica pensada para humanos que actúan con menos discernimiento del pretendido por la ciencia jurídica y los cultores de un racionalismo anacrónico.

Thaler y Sunstein señalan que las decisiones irreflexivas, que a menudo se originan en tentaciones placenteras, son difíciles de prevenir porque las medidas preventivas se elaboran en frío, pero se ejecutan en caliente. En el ejemplo del jabón, sabemos 'en frío' que todos los productos de tocador son de calidad parecida y que no es

conveniente gastar más dinero en un jabón que no tendrá ningún efecto placentero sobre nosotros. Empero, la decisión de rechazar una tentación se debe tomar cuando ella aparece y no antes. Es ahora, viendo a la mujer semidesnuda, cuando se decide si vale la pena ahorrar unos centavos o apostarlos a la ilusión de bucear los abismos tomados de la mano de una Sirena.

Las estrategias siempre se elaboran en frío, pero se ejecutan en caliente. Ese desfase temporal entre la elaboración del plan y su ejecución es lo que hace fallar, con tanta frecuencia, nuestras mejores planificaciones.

George Freud Lowenstein, además de ser un prestigioso psicólogo y economista que desempeña labores académicas en Yale University, es el bisnieto del célebre Sigmund Freud. Lowenstein desarrolló una muy interesante teoría que explica la condición intertemporal de las elecciones que tomamos a diario. Básicamente, Lowenstein explica que las decisiones se planifican mediante estrategias que se elaboran en frío, pero que se ejecutan en caliente. Esa diferencia temporal, entre el momento que se planifica la acción y el que se la ejecuta, marca una diferencia de temperatura emocional que es la causa de los fracasos que se repiten.

El libro de Thaler y Sunstein, citando a Lowenstein, trae un ejemplo del hombre que comienza una dieta a la mañana de un lunes y la concluye, unas pocas horas más tarde, cuando se sienta a almorzar. Así funciona la intertemporalidad de Lowenstein: al pensar la dieta, el hombre seguramente se estaba vistiendo frente al espejo y notó que el traje le ajustaba demasiado, pero la decisión de poner en marcha la dieta planificada se debía concretar en el restaurante al momento de ordenar una ensalada de lechuga y rechazar la panera(46).

Demás está decir que los proveedores de bienes y servicios conocen perfectamente bien el fenómeno de la intertemporalidad descrito por Lowenstein y que tanto afecta la toma de decisiones

'racionales'. También lo conocía el precavido Ulises, cuando en busca del placer se atrevió a desafiar a las sirenas. El famoso marino elaboró un plan (tapar los oídos de su tripulación y atarse al mástil de su barco) cuya aplicación es sumamente difícil de poner en práctica pero que demuestra que, aun siendo dominados por el impulso con mucho esfuerzo y autocontrol podemos resistir a las tentaciones peligrosas y perjudiciales a la hora de tomar decisiones provechosas(47).

C. Colofón.

La mención del legendario Ulises, como dijimos en el anterior acápite, nos sirve para concluir este ensayo tan introductorio como imperfecto. Los muchos ejemplos que trajimos, con la finalidad de exponer la fragilidad de nuestros mecanismos voluntarios y racionales, no implican que nuestra voluntad esté completamente manipulada por la externidad. Hay un remanente de voluntad que es suficiente para que tengamos una vida normal y que sigamos siendo libres (48).

Es que, en definitiva, pensamos que conocer nuestras limitaciones racionales es la mejor manera de optimizar los recursos mentales que tenemos que lograr que nuestra voluntad sea lo más autónoma posible. Lo peor que podemos hacer es pretender -como lo hace el ordenamiento jurídico - que las limitaciones racionales no existen y que podemos controlar nuestra actividad voluntariamente. John Bargh, insiste en remarcar que ser conscientes de la incesante actividad del inconsciente es la mejor manera de evitar ser arrastrados por los innegables encantamientos de las Sirenas del consumo (49).

Por eso nos sirve la aventura mitológica de Ulises. El legendario marino logró desactivar las trampas de la intertemporalidad de las decisiones (fenómeno que, como habíamos visto, describe que las decisiones se piensan en un momento, pero se ejecutan en un tiempo distinto). Pero también es preciso recordar que Ulises, para prevenir el canto de las Sirenas, elaboró una compleja estrategia que requirió de su parte, valentía, crudeza y rigurosidad.

En primer lugar, logró el objetivo más difícil en el camino de la dicha: asumió que era más débil que sus tentaciones. Eso, seguramente, le permitió planificar un método eficaz para protegerse a sí mismo de sus impulsos inconscientes. Así, pudo elaborar una táctica severa y, si se quiere, dolorosa para neutralizar esa debilidad (se ató al mástil de la embarcación y les ordenó a sus marineros se tapen los oídos). Ulises, finalmente se lleva el premio mayor del canto anhelado y queda a salvo de sus peligros porque admitió, racionalmente, su debilidad racional; Ulises también nos muestra que la libertad restringida y la dicha no son incompatibles. No necesitamos para vivir mejor más libertad de la que puede darnos esa trama que vincula nuestra conciencia con el universo inconsciente.

El hombre moderno debe actuar, al menos un poco, como nuestro héroe de la mitología griega. Es posible gozar de un consumo dichoso, pero, para ello, debemos diseñar estrategias eficientes que nos pongan a salvo de la manipulación del consumo activado por exceso de ofertas sin demandas voluntarias y conscientes. Es la presión de la demanda la que pone en marcha los mecanismos impulsivos que debemos controlar.

El Estado, desde luego, debe asumir un lugar protagónico en la organización de las relaciones de consumo, pero, sin dudas, no hay mejor ayuda que poner en el tapete la necesidad de que el Derecho comience a poner mayor atención en el sujeto que en las normas jurídicas.

Referencias Bibliográficas:

(1) No podemos apagar la mente inconsciente. Y menos mal. Cuando llegemos a comprender las razones, tan sencillas como fascinantes, que explican por qué hacemos lo que hacemos y cómo nuestras mentes del paso, el presente y el futuro influyen en nosotros sin darnos cuenta... bueno, la mente oculta ya no estará tan oculta. (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?,... p. 33).

(2) La concepción liberal del contrato sufrió duros embates durante el siglo XX, debido al modelo keynesiano de la economía, que llevó a la planificación estatal y a las regulaciones del contrato basada en el orden público. Ello afectó los principios básicos existentes en el período descripto. La autonomía de la voluntad: la libertad no fue considerada anterior a la organización del Estado, sino un derecho que podía ser limitado. Las restricciones fueron importantísimas en todos los aspectos. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p.28).

(3) Para quienes prefieren hablar de crisis, y no de la "decadencia" del contrato tradicional, o de la "aparición de un nuevo rostro de contrato", se trata de "una crisis de confianza o de crecimiento de esa figura". Para Christophe Jamin y Denis Mazeaud, en la doctrina francesa, el negocio jurídico bilateral y patrimonial vive un momento de inseguridad, momento de grandes dudas dogmáticas sobre temas básicos y el propio futuro de la figura [44]. En la aludida crisis contractual tiene mucho que ver el Derecho del Consumidor tal como aparece en los tiempos posmodernos: una dogmática nueva, con preocupaciones sociales, orientadas a la tutela de las personas a la hora de "consumir" bienes y servicios, en relaciones jurídicas equilibradas, entre civiles y comerciantes. (Mosset Iturraspe, Jorge, Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, Citar: Cita: RC D 1412/2012).

(4) Actualmente, el problema es diferente: aunque la adjudicación de bienes las realiza el mercado, existen desigualdades importantes que hacen que la voluntad sea una caricatura, no representativa del real querer, sino de la falta de comprensión del negocio por asimetrías informativas, o compulsión económica. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ..., p. 62).

(5) Vivimos una época en que casi todo puede comprar o venderse. A lo largo de la últimas tres décadas, lo mercados, y los mercados de valores, han llegado a gobernar nuestras vidas como nunca antes lo habían hecho. Y esta situación no es algo que hayamos elegido deliberadamente. Es algo que casi se nos ha echado encima. (Sandel, Michael, Lo que el dinero no puede comprar, ..., p. 13).

(6) Así, estos avances científicos de diversos premios Nobel nos llevan a pensar que gran parte de nuestra normativa legal se encuentra sustentada en ficciones legales que terminan perjudicando a los más vulnerables y favoreciendo a las grandes corporaciones. (Sobrino, Waldo, *¿Contratos de consumo o vínculos de consumo?*, Publicado en: La Ley 16/07/2019, Cita Online: AR/DOC/1743/2019).

(7) En los últimos siglos, el pensamiento liberar desarrolló una confianza inmensa en el individuo. Representó a los humanos como agentes racionales independientes, y ha convertido a estas criaturas míticas en la base de la sociedad moderna. La democracia se fundamenta en la idea de que el votante es quien mejor lo sabe, el capitalismo de mercado libre cree que el cliente siempre tiene la razón y la educación liberal enseña a los estudiantes a pensar por sí mismos. (Harari, Yuval Noah, *21 Lecciones para el siglo XXI*, Joandomenéc Ros (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2018, p. 241

(8) Yuval Noah Harari, 24 de febrero de 1976, es un historiador y escritor israelí, profesor en la Universidad Hebrea de Jerusalén y doctorado en la Universidad de Oxford. Entre sus obras se encuentran *Sapiens: De animales a dioses*, *Homo Deus: Breve historia del mañana*¹ y *21 lecciones para el siglo XXI*. En su corta carrera, este autor lleva vendidos más de cinco millones de sus libros que ha sido traducidos a 45 idiomas. https://es.wikipedia.org/wiki/Yuval_Noah_Harari, captura: 11-08-2019.

(9) Pasado. Presente. Futuro. La mente existe en todas las zonas temporales a la vez, tanto en sus operaciones ocultas como en las visibles. Es una especie de túnel del tiempo multidimensional, por más que tengamos una sensación de experiencia continua y lineal. Nadie, ni el más adepto a las técnicas de meditación, puede estar tan solo en el presente. Y nadie querría. (Bargh, John, *¿Por qué hacemos lo que hacemos?*,... p. 23).

(10) Igual que Descartes, muchos nos identificamos solo con nuestra mente consciente, como si el inconsciente adaptativo, que tan bien nos sirve en casi todas las circunstancias, fuera una especie de forma de vida alienígena que ha invadido nuestro cuerpo. El

subconsciente nos puede descarrilar si no somos conscientes de su influencia. (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?,... p. 32).

(11) Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?,... p 22.

(12) El problema de la información es central en las sociedades actuales, ya que los productos son complejos, las relaciones distantes y es muy difícil actuar en este contexto. Por otra parte, el mercado no reparte la información en forma abundante, sino que, por el contrario, siendo un bien valorado, los actores tratan de apropiarse del mismo y ocultarlo. De allí que sea necesaria cierta intervención. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores..., p. 40).

(13) Es hora de dejar de inventar excusas. Lo que necesitamos es un enfoque mucho más rico a la hora de a cabo investigaciones económicas, uno que reconozca la existencia y la relevancia de los Humanos. (Thaler, Richard, Portarse mal, Iván Barbeitos (Trad.), Buenos Aires, Paidós, 2017, p. 33).

(14) Las empresas también se están poniendo al día, pues se han dado cuenta de que una comprensión más profunda del comportamiento humano es tan importante para gestionar con éxito un negocio como lo es la comprensión de los movimientos financieros y del marketing operativo. Después de todo, son los Humanos los que están al frente de las compañías, y sus empleados y clientes también lo son. (Thaler, Richard, Portarse mal..., p. 33).

(15) El pasado, presente y futuro 'no ocultos' están en nuestra experiencia diaria. En cualquier momento podemos extraer voluntariamente recuerdos del inmenso archivo de nuestra memoria, algunos de los cuales retienen una extraordinaria viveza. Pero los recuerdos a veces surgen también de repente, por alguna asociación que abre ante nosotros la pantalla del pasado como si de pronto se proyectara una película delante de nuestro ojo mental. Y si nos tomamos el tiempo necesario para reflexionar - o tenemos una pareja inquisitiva o acudimos a terapia - somos capaces de descubrir de qué forma el pasado da forma a nuestros pensamientos y actos presentes. (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?,... p. 20).

(16) El Derecho de los contratos aparecía construido a partir de la "autonomía de la voluntad", del respeto ciego a la palabra empeñada, de la no revisión de lo acordado, por los jueces, y, en fin, por el

cumplimiento estricto de lo pactado, sin excusas ni eximentes. Esa autonomía y esa fuerza imperativa eran "la esencia" del negocio jurídico, obra de hombres libres e iguales, que con absoluta conciencia acordaban derechos y deberes. (Mosset Iturraspe, Jorge, *Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1, Citar: Cita: RC D 1412/2012).

(17) Tenemos dos pulsiones fundamentales y primitivas que de manera sutil e inconsciente afectan a nuestros actos y pensamientos: la necesidad de sobrevivir y la necesidad de apearnos... En la vida moderna, esas ancestrales pulsiones o tendencias de la mente suelen actuar sin que demos cuenta. Pueden ocultarnos las verdaderas razones por las que sentimos o hacemos algo.

(18) Desde el siglo pasado, en la Cátedra de Contratos de Carlos Ghersi en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se enseñaban primero los contratos de consumo y los contratos de adhesión, dejando para el final los contratos paritarios (dada su casi nula aplicación). Sobrino, Waldo, *¿Existe el Contrato de consumo?*, Buenos Aires, *Diario La Ley*, 6 de marzo de 2019.

(19) Todas las fuentes consultadas arrojan el mismo resultado: cada vez circulan menos contratos paritarios, y cada vez los contratos deben sujetarse a estipulaciones imperativas que, además, son de orden público e irrenunciable. Esto, inevitablemente, os conduce a una conclusión: el orden público contractual ha desplazado a la autonomía de la voluntad individual. El contrato ha pasado a ser un acto jurídico intervenido por el Estado y sus leyes, y cada vez son menos las cláusulas que las partes pueden disponer libremente. La autonomía de la voluntad ha perdido el protagonismo que tuvo en los días del código velezano, o aún a posteriori de la ley 17.711. (Shina, Fernando, *El delicioso encanto de la incongruencia: un Código progresista lleno de artículos retrógrados*, Buenos Aires, *elDial*, 3 marzo 2017, citar: DC229C).

(20) Para esta concepción el contrato nace de una promesa aceptada, y con ello es suficiente: debe respetarse la palabra empeñada. Esa concepción tiene sus raíces más importantes en el Derecho medieval, con una fuerte influencia y luego con la escuela del Derecho

Natural. Quien falta a la palabra viola una regla moral que constituye una de las bases del orden social. Esta postura es mayoritaria en Argentina, en el sentido de que se considera que la obligatoriedad del consentimiento tiene un fundamento ético, con lo cual no cumplir es violar esa regla, y por ello el incumplimiento ha sido apreciado como una sanción al deudor. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ..., p. 66).

(21) Esta concepción liberar del contrato se consolidó a partir de la codificación ochenista y sobre todo en la doctrina de la segunda mitad del siglo XIX que sobre la base del primado principio de la autonomía de la voluntad elaboró toda la arquitectura de la teoría contractual liberal y cuyas principales características eran las siguientes: ... (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ..., p. 26).

(22) El contrato de cambio y el consentimiento como causa de la obligación contractual constituyen el modelo sobre el cual se han construido las reglas contractuales admitidas mayoritariamente en nuestra tradición. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos..., p. 71).

(23) La autonomía de la voluntad: la libertad, esencial para el liberalismo político, era considerada un derecho fundamental anterior a la organización del Estado; el individuo sólo quedaba obligado cuando lo deseaba, es decir, cuando había expresado una voluntad libre. Esta autonomía se refería a la posibilidad de contratar o no, de seleccionar al contratante, y de determinar el contenido del vínculo. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ..., p. 26).

(24) Para sostener esta posibilidad se han señalado las siguientes bases: a) los hombres son esencialmente libres, autónomos e iguales, y sólo su voluntad es soberana; b) la voluntad individual reina como única fuente de obligación y justicia... De esa idea, que tiene un gran desarrollo durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX, se deducen las siguientes consecuencias: a) la libertad contractual que significa poder contratar o no, ya que nadie está obligado a hacerlo; b) la imposición de la fuerza obligatoria que surge del acuerdo, y de allí el célebre adagio romano del *pacta sunt servanda*, es decir, que los pactos deben cumplirse [29], y por último, c) el "efecto relativo" que

importa que los contratos surten efecto entre las partes y sus sucesores universales, y no pueden invocarse, ni perjudicar, ni ser opuestos a los terceros. (Compagnucci de Caso, Rubén H, El orden público y las convenciones particulares, Rubinzal-Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2007 3 Orden público y buenas costumbres, Cita: RC D 2198/2012).

(25) Esa autonomía y esa fuerza imperativa eran "la esencia" del negocio jurídico, obra de hombres libres e iguales, que con absoluta conciencia acordaban derechos y deberes. La voluntad, se afirma con razón, sólo es autónoma, gobernada enteramente por su titular cuando se trata de personas económicamente fuertes; en las personas débiles o menesterosas esa voluntad es gobernada desde afuera, heterónoma, dictada por las necesidades insatisfechas, cuando no por la ignorancia o la falta de experiencia. Y de ahí que el acuerdo esté sometido durante la etapa formativa, y luego, en su cumplimiento, al control judicial, para asegurar que impere la buena fe, el equilibrio, la justicia negocial. (Mosset Iturraspe, Jorge, DEL "MICRO" AL "MACRO" SISTEMA Y VICEVERSA. EL "DIÁLOGO DE LAS FUENTES". Buenos Aires, Rubinzal Online, Mosset Iturraspe, Jorge, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2009 1 Consumidores, Cita: RC D 1412/2012).

(26) El contrato es expresión de la libertad para autoobligarse, de allí que el primer principio que fundamenta todo el sistema es el de la libertad. La libertad significa que ambas partes pueden elegir entre contratar o no hacerlo y una vez que lo deciden pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses. Esta decisión de autoobligarse requiere una declaración de voluntad, y por esta razón también se estudia este tema como 'principio de la autonomía de la voluntad'... (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos... p.162.

(27) Una vez que existe una declaración de voluntad bilateral, ésta es obligatoria, ya que, así como hay libertad para obligarse, hay un deber de respetar la palabra empeñada (autorresponsabilidad). La libertad requiere de la seguridad jurídica, y, por ello, de que se cumplan las reglas, como veremos más adelante. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos... p.162).

(28) Es conocida la obra de Mises y Hayek, en la que el contrato en sí mismo tiene una función de ordenamiento social, sobre todo en el contexto de una economía liberar. Las partes saben qué es lo que les conviene, y debe dejárselas actuar libremente porque de esa actuación inordenada, caótica, devendrá el orden social más eficiente. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos ... p.168).

(29) Los desarrollos que seguidamente realizaremos no van a consistir en un estudio profundo de las Neurociencias, dado que no estamos capacitados para ello. Tan sólo queremos fomentar el inicio de estudios doctrinarios para tratar de buscar los vasos comunicantes entre el derecho, las neurociencias y la economía del comportamiento que nos lleven a un análisis holístico de la temática del Derecho en general y de los consumidores en particular. (Sobrino, Waldo, Neurociencias y Derecho, Buenos Aires, La Ley, Diario La Ley, 26/08/2019).

(30) En efecto, la sabiduría científica aceptada es que los estados cerebrales dan lugar a los estados mentales. Un patrón particular de neuronas disparando por acá y neurotransmisores liberándose y estimulando otras neuronas por allá dan lugar a algún estado mental, por ejemplo, 'tener intención de hacer algo'. (Bachrach, Estanislao, En cambio... p. 63).

(31) Las neurociencias han realizado aportes considerables en entender los circuitos que modulan el cerebro social, en conocer la capacidad de percibir las intenciones, los deseos y las creencias de los otros, en el estudio de las áreas críticas del lenguaje, en los mecanismos de la emoción y en los circuitos neurales involucrados en ver e interpretar el mundo que nos rodea. (Manes - Niro, El cerebro del futuro, Buenos Aires, Planeta, 2018, p. 28).

(32) Los pensamientos conscientes importan. Esto significa, según lo que los psicólogos entienden por este término, que tenemos 'libre albedrío'. Pero no es tan completo ni tan poderoso como podríamos creer. (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?,... p. 349).

(33) En la actualidad, la humanidad está lejos de alcanzar un consenso sobre estas cuestiones. Nos hallamos en el momento nihilista de la desilusión y la indignación, después de que la gente haya perdido la fe en los relatos antiguos, pero antes de que haya adoptado

uno nuevo. Y entonces, ¿qué hay que hacer El primer paso es baja el tono de las profecías del desastre, y pasar del modo pánico al de perplejidad... La perplejidad es más humilde y, por tanto, más perspicaz. (Harari, Yuval Noah, 21 Lecciones para el siglo XXI,... p. 35/36).

(34) ¿Tendrá sentido preguntarse cuándo fue que empezó el futuro? ¿Cuál será la respuesta definitiva de este oxímoron, en el que el verbo se conjuga en pasado cuando se habla de algo que está por venir? Quizás en estas contradicciones se encuentre la clava, porque aquello que se esperaba ya está entre nosotros: la hiperconexión, el presente continuo en donde se fusionan todos los tiempos, la vida larga y la prisa, los avances tecnológicos que de tan asombrosos ya no asombran. (Manes, Facundo, El cerebro del futuro..., p. 9).

(35) El hecho de no descubrir nada es algo muy valioso, ya que forma parte del proceso del descubrimiento: bueno, ya sabes dónde no hay que buscar. Otros investigadores, sabedores de tus resultados, no intentarán reproducir tu importante experimento, salvo que haya una revista lo bastante sensata para pensar que ese 'no descubrir nada' constituye una información que merece ser publicada. (Taleb, Nassim Nicholas, El cisne negro..., p. 144).

(36) Tomando como ejemplo el modelo de Unidroit, se reciben como principios: la libertad de contratación, la seguridad jurídica, la libertad de las formas, el efecto vinculante de los contratos, el efecto relativo de los contratos y la lealtad negocial entre otros. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos... p.242).

(37) Al analizar las condiciones internas del acto voluntario..., se señaló que el discernimiento reside en la aptitud de la persona humana para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias. El ordenamiento jurídico parte de la consideración que las personas tiene, por lo común, discernimiento, reconociéndolo como regla genérica. (Alterini, J y Alterini, I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial..., T II, p.193).

(38) Como ya se ha señalado, los expertos en economía conductual y los psicólogos evolutivos han demostrado que la mayoría de las decisiones humanas se basan en reacciones emocionales y atajos heurísticos más que en análisis racionales, y que

mientras que nuestras emociones y heurística quizá fueran adecuadas para afrontar la vida en la Edad de Piedra, resultan tristemente inadecuadas en la Edad del Silicio. (Harari, Yuval Noah, 21 Lecciones para el siglo XXI,... p. 241).

(39) Amos Nathan Tversky (16 de marzo de 1937 - 2 de junio de 1996) fue un psicólogo cognitivo y un psicólogo matemático, pionero de la ciencia cognitiva, un colaborador del premio Nobel Daniel Kahneman, y una figura de relevancia en el descubrimiento de sesgos cognitivos y en la gestión del riesgo. Fue el coautor del tratado de tres volúmenes titulado Foundations of Measurement. Sus trabajos más tempranos con Kahneman se focalizaron en la psicología de la predicción y en el juicio de probabilidad. Amos Tversky y Daniel Kahneman colaboraron conjuntamente en desarrollar la teoría de prospección. Todas estas investigaciones dieron lugar a la denominada economía conductual. (https://es.wikipedia.org/wiki/Amos_Tversky, fecha de captura: 11-09-2019).

(40) Los científicos sociales de la década de 1970 aceptaban generalmente dos ideas acerca de la naturaleza humana. La primera era que la gente es generalmente racional, y su pensamiento normalmente sano. Y la segunda, que emociones como el miedo y el odio explican la mayoría de las situaciones en las que la gente se aleja de la racionalidad. Nuestro artículo desafiaba a estas dos suposiciones sin discutir las directamente. Documentamos de manera sistemática errores en el pensamiento de la gente normal y buscamos el origen de dichos errores en el diseño de la maquinaria de la cognición más que en la alteración del pensamiento por la emoción. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 20).

(41) Nuestra colaboración en el estudio de los juicios y las decisiones fue la razón de que en 2002 recibiera yo el premio Nobel, que Amos habría compartido conmigo si no hubiese fallecido en 1996 a la edad de cincuenta y nueve años. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 23).

(42) Uno de estos ámbitos en el que la investigación también impacta es el derecho... Por este camino es esperable una transformación profunda del mundo judicial futuro gracias a la conexión entre el conocimiento de la psicología cognitiva sobre la

toma de decisiones y su aplicación a todo tipo de técnica que actúe sobre la vida social. Hoy los estudios neurocientíficos demuestran el limitado papel que la racionalidad tiene en la mayoría de estos procesos (Manes - Niro, *El cerebro del futuro...*, p. 429 y 431).

(43) La dopamina es un mensajero químico involucrado en la motivación, el placer, la memoria y el movimiento, entre otras funciones. En el cerebro, el placer se produce a través de la liberación de la dopamina... (Manes - Niro, *El cerebro del futuro...*, p. 30). De esta manera, se probó que la dopamina se relaciona con la acción y no con la felicidad. La promesa de recompensa garantiza que no dejes pasar la oportunidad, por ejemplo, actuando o dejando de actuar. Cualquier cosa que pienses que te puede hacer feliz activará esta área: el olor a café, el descuento en la zapatería, una mirada de alguien sensual en el subte, la pinta de la torta en la panadería, etcétera. (Bachrach, Estanislao, *En cambio...* p. 377).

(44) Cuando la dopamina pone a tu cerebro en modo buscar para sentir recompensa, te convertís en tu versión más impulsiva, tomás riesgos fuera de control. Si esa recompensa nunca llega, te deja en un extremo poco riesgoso, con la billetera vacía o el estómago a punto de estallar, pero en otro más riesgoso te puede llevar a un estado de compulsión y obsesión tremenda. (Bachrach, Estanislao, *En cambio...*, p. 379).

(45) El Planificador intenta promover nuestro bienestar a largo plazo, pero debe enfrentarse a los sentimientos y trucos, así como a la fuerza de voluntad, del Impulso, que está expuesto a las tentaciones se presentan con la excitación. Las investigaciones recientes...han hallado indicios que concuerdan con esta concepción del autocontrol dividido en dos sistemas. Algunas partes del cerebro sufren la tentación mientras que otras nos permiten resistirla evaluando cómo deberíamos reaccionar ante ella. (Thaler - Sunstein, *Un pequeño empujón, ...* p. 59).

(46) Esto es lo que el economista del comportamiento George Lowenstein (1996) denomina 'desfasaje de empatía frío-caliente'. En frío no parecíamos hasta qué punto se alterarían nuestros deseos y nuestra conducta cuando estamos 'bajo influencia de la excitación'. En consecuencia, nuestra conducta refleja una cierta ingenuidad respecto

a los efectos que el contexto puede tener sobre la decisión. Tom está a dieta, pero accede a ir a una cena de negocios, pensando que será capaz de limitarse a un vaso de vino y de no tomar postre. Pero cuando el anfitrión pide la segunda botella de vino y el camarero les lleva el carrito de los postres, sus buenas intenciones se van al traste. (Thaler - Sunstein, *Un pequeño empujón*,... p. 59).

(47) La mayoría de la gente es consciente de que la tentación existe, por eso toma medidas para vencerla. El ejemplo clásico es el de Ulises, que afrontó el peligro de las sirenas y su canto irresistible. En fío, Ulises ordenó a la tripulación que se tapara los oídos con cera para que la música no les tentara. También pidió que le ataran al mástil para poder escuchar la música y que las ligaduras le impidieran sucumbir, en caliente, a la tentación de dirigir la nave hacia ellas. (Thaler - Sunstein, *Un pequeño empujón*,... p. 58/59).

(48) Ver nota n° 32.

(49) De manera que ver estas influencias ocultas, ser más conscientes de ellas, es el primer paso para controlarlas o usarlas en beneficio propio. Hacer como si no existieran e insistir en que tenemos absoluta libertad y control nos hará fallar de golpe. (Bargh, John, *¿Por qué hacemos lo que hacemos?*,... p. 351).

Apuntes críticos al Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor

Los primeros diez años de los daños punitivos: no dejemos que sean los últimos

por Fernando E. Shina.

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2580/2019

[Consultado el: 28/03/2022]

Sumario

I. Presentación. — II. Evolución de la teoría general de la reparación. — III. La ética de los daños punitivos. — IV. La opinión doctrinaria mayoritaria. — V. La opinión de Sebastián Picasso. — VI. Nuestra opinión crítica al pensamiento de Picasso. — VII. Los daños punitivos en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. — VIII. Reflexiones finales: el triunfo de las minorías es una forma invertida de la democracia. — IX. Terminaciones.

I. Presentación

Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis, LDC) (1). A pesar de haber pasado más de diez años desde su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico (marzo de 2008) la procedencia, la extensión y aun la aplicación de los daños punitivos (DP) sigue siendo un tema sumamente controvertido en la doctrina y vacilante en la jurisprudencia. La polémica se entiende porque la aparición de los DP en nuestro sistema normativo marca otra clara ruptura con las teorías tradicionales.

En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la existencia de los daños punitivos en nuestro ordenamiento afecta la teoría general de la reparación. Es que hace más de un siglo la teoría clásica enseña que reparar es volver las cosas al estado anterior al daño. Para esta concepción, todavía fuertemente enraizada en nuestra escuela, todo premio que supere ese valor, equivalente a reparar el daño sufrido, no es una indemnización, sino un enriquecimiento sin causa en perjuicio del agente dañador.

Ese concepto indemnizatorio, que actualmente se conoce con el giro idiomático de reparación plena (2), es el que, en última instancia, desafían los DP. Los punitivos no se proponen volver las cosas al estado anterior al daño, sino la aplicación de un castigo económico grave al agente dañador (la doctrina prefiere usar la expresión "pena privada"). Esa punición, que en principio puede ser apreciada como un premio para la víctima es, en realidad, un estímulo negativo para que los proveedores realicen mayores esfuerzos tendientes a que los productos y servicios que ofrecen sean menos riesgosos para las personas que los requieran.

Ahora bien, ese estímulo de base negativa solo funciona si la punición es tan elevada que para evitarla el agente tenga que realizar fuertes inversiones en materia de seguridad de sus productos y servicios. Por más que los teóricos del derecho nos esforcemos en gastar coloridas ocurrencias, lo cierto es que ningún empresario va a gastar importantes sumas de dinero si no tiene un fuerte incentivo económico para realizar la inversión. Pues bien: la aversión a recibir daños punitivos es, justamente, ese incentivo que pone en marcha la necesidad de invertir.

Matilde Zavala de González explica que los DP tienden a desactivar los llamados daños lucrativos que ocurren cuando el padecimiento de la víctima se convierte en un provecho para el ofensor. Esto significa, ni más ni menos, que el daño (lucrativo) forma parte de la ecuación de rentabilidad de ese negocio espurio.

En ese orden de ideas, es lógico pensar que cuando la indemnización es más barata que optimizar una determinada prestación será más lucrativo pagarla que invertir para evitar los daños. Exactamente esa es la finalidad última de los daños punitivos: destruir las ecuaciones nocivas de costo y beneficio entre el daño ocasionado, los costos indemnizatorios y la rentabilidad de un negocio.

Los DP tienen una estructura formal y lógica siempre subordinada a una estimación de rentas y provechos económicos. Sin embargo, el instituto recibió todo tipo de críticas que se reparten entre ideológicas, injustas, cínicas e ingenuas. Todo a gusto del operador jurídico de turno (3). Empero, lo real es que en el mundo más desarrollado los DP han sido de gran provecho para el mejoramiento de las relaciones de consumo en sociedades que, dicho sea de paso, son sociedades de consumo.

II. Evolución de la teoría general de la reparación

La ley 17.711 amplía los rubros indemnizables y el daño moral previsto el art. 1078, Cód. Civil. Asimismo, incorpora los factores objetivos de atribución (FOA) de responsabilidad que, al menos en forma indirecta, actúan como un estímulo para evitar daños. Como bien dice Ghersi, esa reforma puso al ordenamiento jurídico frente a una nueva realidad que exigía cambios profundos en la teoría general de la responsabilidad, así, lentamente, se fueron abriendo paso los llamados factores objetivos de atribución de responsabilidad (4).

Los factores objetivos de atribución fueron pioneros en lo que ahora se conoce como instrumentos preventivos de los daños. Es bastante obvio razonar que cuando los individuos saben o intuyen que les será más difícil evadir su responsabilidad los factores objetivos actúan como un estímulo para prevenir los daños.

Los FOA, como otras herramientas jurídicas que hacen más difícil evadir los costos indemnizatorios, actúan sobre el pensamiento

más racional del sujeto creando una suerte de conciencia o percepción. Normalmente, el individuo, puesto en esa situación, tiende a pensar más o menos así: dado que lo más probable es que resulte ser declarado responsable ante la sola ocurrencia del daño, lo más conveniente, en términos económicos, es que el daño no ocurra. Cuando el no-daño es la única salvaguarda del agente, su actividad tendiente a evitarlos se incrementa y, casi automáticamente, la dañinidad disminuye.

Por más que sus autores se auto postulen, un poco exageradamente a nuestro ver, como progresistas, lo cierto es que el Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas, continúa la tradición resarcitoria clásica que consiste en la restitución de los valores, materiales y morales, afectados por el evento dañoso. Ello se ve claramente en el art. 1738, Cód. Civ. y Com., norma que más allá de incrementar los rubros indemnizables los mantiene subordinados al daño sufrido por la víctima (art. 1740 del Cód. Civ. y Com.).

Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización (5).

A nuestro modo de ver, esta idea de reparación integral o plena, postulada en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del hecho lesivo. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo no es posible, sino que muchas veces da lugar a que las indemnizaciones reparatorias sean insuficientes.

Algunos autores, con los que coincidimos y que inspiraron nuestras posteriores investigaciones, son críticos de esta idea tradicional según la cual la reparación es una recomposición patrimonial del pasado. Matilde Zavala de González explica que esa reparación plena es un ideal que casi nunca se concreta y que en la mayoría de los casos se transforma en un suerte de indemnizaciones mutiladas que fracasan cuando el daño no es patrimonial (6).

Como veremos al abordar el tópico siguiente, la cuestión es aún más criticable porque los principios que rigen a la reparación plena muchas veces están reñidos con la ética. A esa puja con la moral se refiere Zavala de González cuando sugestivamente nos habla del negocio de responder (7).

Por su lado, el joven jurista Juan Brusa también explica muy bien qué ocurre cuando pagar indemnizaciones es más económico que invertir en la calidad y seguridad de los productos (8).

III. La ética de los daños punitivos

Si se examina detenidamente la concepción resarcitoria que hemos visto en los párrafos que anteceden, el lector advertirá un hecho de singular importancia. Veamos. El daño y la reparación se articulan como términos equivalentes, puesto que a cada daño le corresponde una indemnización resarcitoria que lo compensa "plenamente" (conf., arts. 1738, 1740 y concs. del Cód. Civ. y Com.). Esto, finalmente, equivale a sostener que la reparación elimina la noción del daño porque su objetivo último es volver cosas al estado anterior al hecho lesivo; es decir, al estado en el que no existía el daño (9).

Esta ficción conceptual determina que el daño reparado sea, en definitiva, un término equivalente al no-daño. Y siguiendo el curso de ese razonamiento, la reparación del daño también elimina la noción de víctima una vez que recibe la indemnización y la de agente dañador una vez que la paga.

Este pensamiento, que es una derivación lógica de la teoría resarcitoria nos mereció, desde siempre, severas críticas éticas (10).

Si el daño ocurrido puede resarcirse por un cálculo aritmético consistente en sumar los rubros indemnizables previstos (daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño al proyecto de vida, etc.) es muy posible que el agente dañador, antes poner un producto en la calle, haga ese mismo cálculo y decida qué daños puede realizar sin

afectar la rentabilidad de su negocio o, aún peor, para mejorar su rendimiento. Luego de efectuar esas calculaciones, que además son bastante sencillas de hacer, va a decidir que si el costo de las indemnizaciones no afecta la renta pronosticada es más conveniente pagarla que invertir en la calidad y la seguridad producto. E hora de que los juristas y las universidades nacionales que los forman entiendan que el daño es, entre otras cosas, un costo empresario desvinculado de toda noción moral (11).

Los daños punitivos actúan en dirección opuesta porque desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante para el agente dañador.

Los castigos punitivos superan el valor del daño producido porque la su finalidad no solo es retributiva sino preventiva. Esta insubordinación parcial del daño y la indemnización es un punto de ruptura en la teoría general de la responsabilidad (12).

IV. La opinión doctrinaria mayoritaria

La doctrina nacional desde siempre acompañó favorablemente, aunque con algunas reservas atendibles, la aplicación de los DP. Pasemos rápida revista de algunas de esas opiniones.

En primer lugar, nos parece justo ofrecer un homenaje obligado y merecido al profesor Carlos Ghersi.

Carlos fue, desde siempre, un fervoroso defensor no solamente de los daños punitivos, sino también de la ley 26.361 que tantas buenas novedades trajo a nuestro ordenamiento normativo. Él pensaba, y nosotros coincidimos, que los parámetros más progresistas de esa ley habían sido desvirtuados por el Código Civil y Comercial. Sin mucho esfuerzo, y con grata nostalgia podemos imaginar lo que pensaría Carlos de este penoso Anteproyecto que no solamente desvirtúa la impronta de la ley 26.361, sino que intenta derogar sus institutos más relevantes.

Para Ghersi los DP son la mejor herramienta jurídica para estimular las inversiones empresarias indispensables para que los productos y servicios que lanzan al mercado sean mejores en términos de calidad, y más seguros para quienes los usan (13).

Para Pizarro y Vallespinos, "[l]a adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, puede constituirse en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia" (14).

Juan Brusa, ya citado, es un verdadero entusiasta de la figura que examinamos. Este jurista sostiene que los DP son la mejor manera de limitar las ecuaciones perversas de costo beneficio que realizan las empresas y que determinan que es más barato pagar indemnizaciones limitadas antes que mejorar la seguridad de los servicios (15).

Para Waldo Sobrino, los DP son una herramienta fundamental para el desarrollo de las relaciones de consumo y para limitar las conductas antisociales que, en algunos casos, constituyen una política comercial de empresas con pocos escrúpulos (16).

Para Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, los DP superan su faz sancionadora y son una herramienta de carácter netamente preventivo (17).

Para María Eugenia D'Archivo, el instituto tiene ponderación positiva en tanto incentiva a los proveedores a tener conductas que no resultan dañosas (18).

Juan Carlos Pandiella, por su parte, resalta el carácter moralizador y ejemplificativo que los DP tienen y de allí concluye sobre la eficacia de su efecto preventivo de conductas empresarias indeseables (19).

Para Schlotthauer y Barocelli, los DP cumplen una finalidad múltiple, en tanto son moralizantes, preventivos, sancionadores y disuasivos (20).

Para Adriano Díaz Cisneros, otro joven jurista apasionado por los DP, ellos cumplen una doble función y explica que esa ambivalencia no implica una incongruencia o un problema de índole constitucional. Así, Cisneros sostiene que los DP actúan tanto como un rubro indemnizatorio, propio del derecho de daños, y como una pena cuya finalidad es preventiva porque impide o disminuye la repetición de daños (21).

Alejandro Chamatropulos, al sostener que en los DP prevalecen los aspectos preventivos sobre los punitivos, también parece dar opinión favorable a este instituto al que le asigna una clara finalidad social (22).

Como el lector podrá apreciar, es casi unánime la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos.

La mayoría de la doctrina nacional y extranjera que hemos estudiado entiende que la reparación clásica es, en algunos casos, insuficiente para resarcir en forma integral a las víctimas. Por el contrario, se sostiene que los DP son una herramienta bastante útil en las sociedades capitalistas modernas.

Para terminar, el repaso de autores nacionales, hacemos propio un pensamiento, tan original como cierto, perteneciente a Pizarro y Vallespinos. Estos juristas explican que si el sistema normativo tolera graves inconductas como las que dan lugar a la aplicación de los DP, no solamente se favorece la impunidad de quienes desprecian la legalidad, sino que se perjudica a quienes, por honrar el sistema legal, sacrifican una parte de la rentabilidad de su negocio. Ambos mensajes son repudiables porque postulan una ética invertida que privilegia al transgresor de la ley y deja rezagado a quien la cumple (23).

Por una vez en la Argentina deberíamos esforzarnos por poner al derecho lo que está al revés.

V. La opinión de Sebastián Picasso

Como dijimos al cierre del tópico que antecede: la opinión doctrinaria favorable a la aplicación de los daños punitivos es "casi" unánime en nuestro país.

Al exponer la valoración positiva que tantos autores tienen con relación a los DP quisimos poner de relieve el notable consenso que este novedoso instituto tiene en nuestra doctrina, tanto entre los juristas más renombrados como entre los más jóvenes que, de a poco, se van abriendo paso en el interminable camino de las ideas.

Sin embargo, esa casi unanimidad de pensamiento nos obliga, y al mismo tiempo nos complace, a examinar la excepción. En esa dirección, resulta un paso obligado en el estudio de los daños punitivos vernáculos analizar la opinión negativa que desde siempre sostuvo Sebastián Picasso.

Su desaprobación, según pudimos interpretar de sus escritos, se basa en sostener que los DP no tienen finalidad resarcitoria ni preventiva, sino que lisa y llanamente son un castigo y que, como tal, ellos no deben estar integrados al derecho civil, sino que deben circunscribirse al derecho penal (24).

Vamos a examinar el pensamiento de Picasso sobre los DP:

a) los daños punitivos son extraños a nuestro sistema normativo y postulan la regla opuesta a la que rige en nuestro derecho de daños: se debe reparar todo el daño causado pero solamente el daño causado (25);

b) los daños se deben prevenir mediante acciones de tutela inhibitoria y no utilizando penas privadas de alto monto (26);

c) cuando una conducta es lesiva para la normal convivencia social, debe intervenir el derecho penal y no el derecho privado. El derecho civil, y más precisamente la teoría general de la responsabilidad, tiene una finalidad que se agota en el resarcimiento. La imposición de penas es un objetivo que escapa al derecho privado y es propia del derecho penal (27);

d) la tarea preventiva de daños corresponde al derecho penal, como ya fue señalado, y también al derecho administrativo. El Estado regula la actividad de los proveedores del mercado mediante el poder de policía que le permite clausurar establecimientos, aplicar multas, suspender registros, etc. (28);

e) los daños punitivos importan un castigo al agente dañador y como tales forman parte del derecho penal y no de derecho privado (29).

VI. Nuestra opinión crítica al pensamiento de Picasso

De todas las objeciones que el pensamiento de Picasso nos merece, y que desde hace años combatimos en diversos trabajos (30), creemos que la más grave es que el autor omite considerar que el derecho penal y el derecho del consumidor no solamente protegen a sujetos distintos, sino que se estructuran a partir de principios diferentes y casi siempre antagónicos. A nuestro entender, tampoco advierte que los daños punitivos no tienen más que un contacto imaginario con el derecho penal. Para nosotros, afirmar que los DP son figuras penales y no civiles es una verdadera ocurrencia imposible de verificar en términos teóricos y ajenos a la ciencia jurídica.

Las diferencias entre el derecho penal y el derecho del consumidor son irreconciliables y, en ese orden, debe señalarse que el sujeto protegido del derecho penal (el imputado) es el mismo sujeto que el derecho del consumidor presume responsable. El derecho penal protege a ese individuo cubriéndolo de garantías procesales, mientras que el derecho del consumidor lo despoja de todas ellas

agravando sus chances de eximirse de responsabilidad. El sistema consumeril determina la responsabilidad de los presuntos infractores mediante factores objetivos de atribución mientras que el sistema penal repudia cualquier imposición objetiva de responsabilidad.

Este antagonismo tiene una explicación que no puede pasarse por alto: para el derecho penal el reo goza de una presunción de inocencia mientras que en el derecho del consumidor el infractor se presume objetivamente responsable y obligado a responder.

Estas diferencias entre uno y otro sistema son tan elementales como insuperables porque los principios centrales que las rigen son opuestos.

Veamos solo algunos de estos antagonismos:

a) en el derecho penal rige, infranqueable, el principio in dubio pro reo, mientras que en el derecho del consumidor predomina el in dubio pro consumidor (art. 3° LDC y 1094 del Cód. Civ. y Com.);

b) en el derecho penal se presume la inocencia del imputado y en el derecho del consumidor, casi siempre, se aplica la responsabilidad objetiva que es una especie de presunción adversa al presunto infractor (31). Sin perjuicio de lo dicho, es justo admitir que para nosotros en el único caso en donde será necesario atribuir responsabilidad a través de un factor subjetivo es para la aplicación de daños punitivos. Dicho en otras palabras: pensamos que para obtener una indemnización punitiva la víctima deberá acreditar la existencia de un factor subjetivo de responsabilidad. En este punto nos apartamos, respetuosamente, del pensamiento de Carlos Ghersi para quien los DP siguen la lógica de los factores atributivos objetivos (32);

c) en el derecho penal, el fiscal acusador tiene la carga de aportar pruebas contundentes y certeras que determinen la culpabilidad del imputado, mientras que en el derecho del consumidor

se rige el principio de las cargas probatorias dinámicas y el infractor presunto está obligado a presentar las pruebas que, en muchos casos, serán determinantes para corroborar su propia responsabilidad (art. 53, LDC).

Podríamos seguir enunciando reglas particulares y principios generales antagónicos que separan el derecho penal del derecho del consumidor. Nos resulta casi imposible pensar en dos disciplinas que sean más diversas entre sí y nos cuesta imaginar un desacierto mayor que establecer comparaciones o similitudes entre uno y otro sistema normativo.

VII. Los daños punitivos en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor

Como dijimos al desarrollar los tópicos anteriores, las reflexiones que Picasso sostiene en torno a los daños punitivos son muy aisladas (solitarias en verdad) en la doctrina nacional. Sin embargo, ese apartamiento del criterio mayoritario no fue un obstáculo para que este jurista fuera designado como integrante de la comisión legislativa encargada de reformar, con cambios profundos, la ley 24.240 (33).

Pensamos, sinceramente y con buenas razones, que para que prevalezca el tratamiento derogatorio de los daños punitivos fue particularmente influyente el pensamiento de Picasso.

En este acotado ensayo no vamos a realizar una crítica de todo el Anteproyecto, sino que vamos a concentrarnos en el art. 118 que, precisamente, trata sobre los nuevos daños punitivos.

Esa norma, evitando los eufemismos de sus defensores, directamente deroga a los daños punitivos tal como los conocimos a partir de la vigencia de la ley 26.361. Si este lamentable Anteproyecto llega a convertirse en ley, los DP dejarán de ser un rubro

indemnizatorio y se convertirían en una multa; y lo que es más grave es que habrá prevalecido el criterio doctrinario de una minoría.

Veamos, ahora sí, los puntos más destacados de la norma del Anteproyecto.

En su primer enunciado, el art. 118 del AP certifica la defunción de los daños punitivos al establecer: "El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor...".

Esto significa que la aplicación de esa multa ya no dependerá de la prueba que las partes arrimen al expediente, sino de la voluntad del juez quien tendrá atribuciones para aplicar la sanción y, desde luego, para no aplicarla. La aplicación de oficio de los DP es muy discutible y puede generar opiniones divergentes en uno u otro sentido.

Nosotros pensamos que si los jueces pueden aplicar de oficio daños punitivos, también, oficiosamente y por razones de equidad, deberían tener facultades para imponer daños morales o lucros cesantes o daños emergentes que las partes, por el motivo que sea, hayan omitido incluir en su demanda.

Desde luego que permitir la aplicación de oficio de rubros indemnizables provocaría un importante desajuste en las normas procesales. Es por eso que, en principio, nos parece mejor que la aplicación de los DP tampoco sea oficiosa.

En segundo lugar, y luego de decir que sí corresponde la aplicación de la multa, el juez, también a su libre arbitrio, decidirá el destino final de esa multa. Así, el punto 3 de la norma dice: "La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

Esto significa que los DP proyectados están organizados a partir de tres pilares; a saber:

a) Se trata de una multa y no de una indemnización;

b) su aplicación depende de la voluntad del juez quien tiene atribuciones para aplicarla o de no aplicarla sin que su negativa deba ser fundada.

c) El juez puede elegir, a su libre arbitrio, el destino de la multa.

La norma nos merece, además de estar en las antípodas de nuestra concepción, nos merece las siguientes críticas operativas:

i) Es difícil, sino imposible, imaginar que las partes de un pleito se arriesguen a la aventura de solicitar DP sabiendo que por más pruebas que aporten el juez tendrá atribuciones para desechar el reclamo sin siquiera una resolución fundada. Por otra parte, también es misterioso anticipar qué ocurrirá con las costas resultantes de un planteo de daños punitivos perdidoso.

ii) En segundo lugar, si el juez elige el destino de la multa, ninguna parte se va a tomar el trabajo de probar la existencia de una conducta gravemente antisocial si luego el fruto de ese trabajo va a parar a donde el juez se le ocurre. Los abogados, igual que el resto de las personas en el sistema capitalista, trabajan bajo el mejor estímulo de ganar dinero y no para que su trabajo vaya a parar a donde se le ocurra a un juez. Es dable pensar, entonces, que en las demandas de daños y perjuicios habrá menos reclamos de DP. Esto, desde luego, es otro motivo de festejo de los grupos corporativos que tanto insistieron con derogar los daños punitivos.

VIII. Reflexiones finales: el triunfo de las minorías es una forma invertida de la democracia

No podemos entender el motivo por el cual el único autor nacional que se pronuncia en contra de los DP haya sido seleccionado para reformar la ley que los contempla. Resulta sumamente difícil de

explicar una incongruencia tan reñida contra las normas democráticas básicas. Es que el abc de la democracia consiste en que la opinión de la mayoría prevalece sobre la minoría. Tanto más cuando el diferencial cuantitativo es tan contundente como en el caso que estamos analizando. Pues bien, esa lógica fue quebrada. Peor: fue invertida y la minoría obtuvo el privilegio que le correspondía a la mayoría.

El resultado de esa designación era previsible: la comisión legislativa hizo un Anteproyecto que virtualmente derogó los DP que conocemos. Nadie podía suponer que sería representativa de la sociedad una ley hecha por una doctrina que de tan aislada adolece de misantropía.

Las leyes nacionales, sobre todos aquellas que tienen una importancia estructural en el ordenamiento normativo, deben apuntar al bien común y no al lucimiento de sus autores. Las comisiones legislativas deben ser equilibradamente integradas por doctrinarios que representen el pensamiento predominante y que, además, no sean jueces en ejercicio.

Es preciso terminar con esta penosa y muy subdesarrollada costumbre de asignarle a nuestros jueces (en algunos casos, integrantes de la Corte Suprema Federal) la tarea de hacer nuestras leyes. Ellos deben interpretarlas dejando que los legisladores y sus asesores las creen. Argentina todavía no entiende ni siquiera ese formulado republicano tan sencillo. Nos falta recorrer un camino muy largo, y a veces creemos que difícilmente lleguemos a un horizonte de esperanzas. Por eso, más de una vez dijimos que no es posible que cambiemos si siempre hacemos lo mismo.

IX. Terminaciones

Dada la extensión del ensayo y la diversidad de temas contenidos, nos parece apropiado agrupar en un capítulo final las ideas más relevantes que hemos desarrollado:

i) Este instituto, de tradición sajona, ha sido incluido en nuestro ordenamiento por la ley 26.361 (art. 52 bis, LDC). A pesar de no haber acuerdo doctrinario acerca de su naturaleza jurídica, el pensamiento mayoritario sostiene que los DP son eficaces para prevenir daños y disuadir conductas antisociales.

ii) El Código Civil y Comercial, más allá de incrementar las herramientas preventivas de los daños, sostiene la función resarcitoria de las indemnizaciones tradicionales.

iii) Para los sistemas clásicos el daño es el límite de toda indemnización

iv) El art. 1738, Cód. Civ. y Com. incrementa los rubros indemnizables, pero, sin embargo, todos ellos están subordinados al daño sufrido efectivamente sufrido por la víctima (art. 1740 del Cód. Civ. y Com.).

v) La reparación plena, postulada en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., constituye una ficción basada en la idea de volver las cosas a su estado anterior a la ocurrencia del daño. Sin embargo, tal retroceso fáctico no solo es imposible, sino que muchas veces da como resultado que las indemnizaciones sean insuficientes.

vi) Los daños punitivos desvinculan el daño material padecido por la víctima de la indemnización resultante. Los castigos punitivos superan el valor del daño efectivamente producido porque la su finalidad es principalmente preventiva.

vii) En ese sentido, los DP tiene un claro sentido ético y moralizante porque desestimulan las ecuaciones de costo beneficio que privilegian la renta empresaria sobre la calidad y la seguridad de los bienes y servicios que se ofrecen el mercado.

viii) El anteproyecto que reforma la Ley de Defensa del Consumidor prevé la derogación de los DP y su substitución por un

instituto que no tiene mayores puntos de contacto con los daños punitivos que conocemos actualmente.

ix) El Anteproyecto no respeta la opinión mayoritaria de la doctrina nacional.

x) Pensamos que es incorrecto que los jueces en ejercicio ocupen lugares en comisiones legislativas puesto que ello pelagra el sistema republicano de división de poderes.

Referencias Bibliografucas:

(1) "Art. 52 bis.— Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley".

(2) El objetivo de la reparación plena se plasma en cuatro pautas que deben ser tenidas en cuenta en el caso concreto: el daño debe ser fijado al momento de resolver, la indemnización no debe ser inferior al perjuicio sufrido, la apreciación debe efectuarse en concreto, y la reparación no puede ser mayor al daño padecido. (ALTERINI, Jorge H. [dir. gral.], "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. VIII, p. 259).

(3) Ello apunta, básicamente, a destruir la racionalidad económica que permitió que el daño se ocasionara. Era más rentable dejar que el perjuicio se produjera que prevenirlo; el daño punitivo arruina este negocio y permite prevenir. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde,

"La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, Córdoba, 2016, t. II, p. 714).

(4) Una segunda etapa, acorde con las consecuencias de la revolución industrial y la modernidad (no la edad moderna) y que repercutió en la reforma del profesor Borda de 1968 es la incorporación de los factores objetivos de responsabilidad —1071; 1198; 1113; 2618, etc. — que le dieron al Código Civil una modernidad que constituyó un acierto y lo colocó frente a la realidad, así como la implícita regulación de los contratos de adhesión (art. 954, Cód. Civil) o los límites al derecho de propiedad (art. 2513, Cód. Civil), etc. (GHERSI, Carlos, "Daño punitivo: Falta de coincidencia con la forma de aplicación", Buenos Aires, elDial.com, 03/11/2016, Citar: elDial DC209F).

(5) "La reparación tiene finalidad marcadamente resarcitoria, procura reparar el menoscabo, antes que sancionar y castigar al responsable. De allí que, como regla, el perjuicio sufrido por el damnificado constituya un límite más allá del cual no es posible pasar, so riesgo de convertir al daño en una fuente de lucro..." (PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos, "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 564).

(6) El principio de plena reparación significa colocar al damnificado en un situación igual o aproximada a aquella en que se encontraba antes del hecho lesivo. Sin embargo, se trata de un ideal casi nunca realizable, que en algunos casos se logra con compensaciones inevitablemente mutiladas... Desde una óptica ideal, la reparación busca crear una situación similar... a la vigente antes de ocurrir el daño. Ese objetivo puede concretarse con bastante aproximación... en los daños patrimoniales; en cambio, es imposible en perjuicios existenciales. (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., t. II, p. 677).

(7) El "negocio de responder". Se destaca que las indemnizaciones no hacen justicia de por sí y, al contrario, pueden contribuir a aumentar los daños debido a la protección que brinda el seguro y a la posibilidad empresarial de trasladar costos de primas y de resarcimientos a los precios. A partir de ello, la responsabilidad se

transformaría en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., t. I, p. 98.

(8) Se trata de lo siguiente, por duro o áspero que suene, las empresas piensan y hablan en números y no en derechos del consumidor. Esto es correcto, desde luego no es ilegal y en lo personal no encuentro problemas con la ética o la moral. Sin embargo, este modo de actuar tiene como principal consecuencia negativa que, si la empresa encuentra que desplegar cierta conducta me permite ganar más dinero —o bien ahorrar cierto dinero, que es lo mismo— la va a continuar desarrollando, e incluso perfeccionando sin importar si esta es dañosa. Si lo examinamos objetivamente, esto es lógico toda vez que las empresas están para producir y generar ganancias y no para otra cosa. (BRUSA, Juan, "El daño punitivo diez años después: señales de un futuro mejor y la posibilidad de su aplicación de oficio", *elDial.com*, 03/08/2018, Citar: *elDial.com* - DC258A.

(9) La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión. (LORENZETTI, Ricardo L., "Fundamentos de Derecho Privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 360).

(10) SHINA, Fernando, "Sistema legal para la defensa del consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 195 y ss.

(11) Es sabido que las indemnizaciones tradicionales procuran compensar a la víctima de un daño, reponiéndole exactamente lo que perdió a causa de él. Pero si se admite que el daño desaparece por efecto de su reparación, también se anula la idea de víctima luego de ser compensada, y la de dañador luego de remediar el daño. Esta lógica induce a reflexionar que un daño causado deliberadamente es aceptable si luego es reparado. Si se analiza con profundidad se descubre que tras esta idea subyace un pragmatismo economicista antagónico con la ética. (SHINA, Fernando, "Daños al consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 161).

(12) Por nuestra parte, pensamos que los daños punitivos consisten en una reparación que se concede al demandado no para

indemnizarlo por el daño padecido sino para disuadir al demandado, y a otros que intente conductas similares en lo sucesivo. De esta manera el Derecho interviene —indirectamente— sobre la conducta del sujeto para evitar la eventual ocurrencia del daño. En otras palabras, el instituto que estamos examinando trata de proteger a víctimas hipotéticas antes que castigar daños concretos. (SHINA, Fernando, "Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos", JA, Número Especial 2009-III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 30 de septiembre de 2009, p. 45). Ver también SHINA, Fernando, "Sistema legal para la defensa del consumidor", cit., p. 195.

(13) Bregamos porque se rectifique esta aplicación del daño punitivo y sea una herramienta eficiente en la consolidación de la competencia en el mercado, ya que aquellas empresas que no invierten en seguridad y pagan escasas reparaciones con una tardía judicial de al menos 6 a 8 años y con alta inflación que lamentablemente tardará al menos 4 años en bajar, y se les omite aplicar el daño punitivo, tienen menos costos que las que invierten en seguridad y logran una competencia desleal en el mercado favoreciendo a las protervas empresas. (GHERSI, Carlos, ob. cit.).

(14) PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos, -ob. cit., t. I, p. 863.

(15) En consecuencia, si una empresa encuentra más beneficioso desarrollar una conducta que vulnera los derechos del consumidor que ajustarse a derecho, porque aun pagando los reclamos que tenga continúa recibiendo beneficios, habrá que entender que la empresa no ha fallado. Lo que ha fallado es el sistema que coloca límites a su conducta. Desde luego, es imposible resolver esta eventual "escases" de límites que puede presentarse en algunos casos con una norma o criterio fijo. Pretender vestir con un mismo traje a todas las personas seguramente resulte inviable. La utilización de la sanción de daño punitivo permite ajustar ese traje a cada caso y hacer que los límites que propone el sistema legal para la defensa del consumidor sean efectivos —no fallen— en los casos particulares que lo requieran. En esta tarea el rol del juez será fundamental, pues deberá determinar cuál es la "medida del traje" para cada ocasión. (BRUSA, Juan, ob. cit.).

(16) "... [L]os daños punitivos devienen indispensables para todo el ámbito del Derecho del Consumo, dado que es uno de los pocos instrumentos legales, por lo cuales se puede disuadir y prevenir que Proveedores tengan una conducta antisocial o en contra de la comunidad" (SOBRINO, Waldo, "Seguros y el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 145).

(17) Los daños punitivos novedosamente incorporados a nuestro derecho positivo, además de su función sancionadora, tienen por su especial naturaleza un eminente carácter preventivo. (BRU, Jorge - STIGLITZ, Gabriel, en RUSCONI, Dante [coord.], Manual de derecho del consumidor, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 426).

(18) El daño punitivo encuadra dentro del derecho protectorio del consumidor, que tiene por objeto un esquema de disuasión que persigue incentivar al proveedor para que lleva a cabo una actividad productiva de manera socialmente eficiente, evitando ocasionar daños a las personas y a la sociedad en general. (D'ARCHIVO, María Eugenia en TAMBUSI, Carlos [dir.], "Relación de consumo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 161).

(19) PANDIELLA, Juan Carlos en KRIEGER, Walter F. (dir.), "Prácticas abusivas en el Derecho del consumidor", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 381.

(20) Respecto de su finalidad, resaltamos su carácter ejemplificador y moralizador, a los efectos de prevenir futuras conductas similares; preventivo respecto del acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones; sancionatorio, a efectos de punir graves inconductas y castigar a un infractor de una norma civil; disuasivo de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad de incurrir en conductas... que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por el sistema...; y desalentador del lucro ilícito, es decir, de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa. (SCHLOTTHAUER, Pablo - BAROCELLI, Sergio, en TAMBUSI, Carlos [dir.], "Relación de Consumo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 175).

(21) Se llama Daño Punitivo porque tiene dos funciones: se une a los conceptos de "daños" que conforman el reclamo indemnizatorio y, al mismo tiempo, tiene el objetivo de punir. Nuestro derecho civil, ya aceptó la mirada funcionalista cuando admitió que a la responsabilidad civil se le pueden dar funciones adicionales, como la función preventiva (arts. 1710 y ss., Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, se aceptó que las cosas se definen por su función, que se les pueden agregar "funciones" y, así, ampliar su concepto, y es perfectamente congruente, dentro de este paradigma, entonces, darle a una indemnización ("daños"), una función punitiva ("punitivos"), resultando todo en una figura híbrida que reviste ambos caracteres. (DÍAZ CISNEROS, Adriano P., "Afectación de la división de poderes y eliminación del daño punitivo", *elDial.com*, 08/03/2019, Citar: *elDial.com* - DC26EE).

(22) Se suele decir que las finalidades principales de los daños punitivos son dos: el castigo y la disuasión. La finalidad primordial es la segunda. La primera es solo un medio o una herramienta que se utiliza para llegar a aquella. Los daños punitivos, como sus objetivos claramente lo demuestran se hallan en perfecta sintonía con los que actualmente se predica del Derecho de Daños y con la función social que este último debe cumplir. (CHAMATROPULOS, Alejandro, "Estatuto del Consumidor comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 267).

(23) Los daños punitivos, correctamente legislados, permiten eficazmente alcanzar ciertos objetivos fundamentales para un sistema moderno de derecho de daños... b) La punición permite alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con beneficio, violar el ordenamiento jurídico, aquellos que obedecen el sistema deberían soportar una porción desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios recíprocos y equivalentes a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos. (PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos, ob. cit., t. I, ps. 863-864).

- (24) Así, Picasso, uno de los opositores a los daños punitivos en nuestro país, sostiene que, como ellos no buscan resarcir un perjuicio sino provocar un mal al sujeto responsable con fines de castigo y prevención general, se está lisa y llanamente ante una pena. (CHAMATROPULOS, Alejandro, ob. cit., t. II, p. 265).
- (25) PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Ley de defensa del consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. 1, p. 597.
- (26) Idem.
- (27) "En ese esquema, la prevención de comportamientos gravemente lesivos de las normas de convivencia social es normalmente confiada al poder punitivo del Estado por medio del derecho penal... El derecho de la responsabilidad civil, por el contrario, tiene en la actualidad una función esencialmente resarcitoria, y su contribución a la prevención de los comportamientos lesivos se instrumenta, como ya se ha visto, por medio de la denominada 'tutela inhibitoria', mediante el empleo de herramientas no sancionatorias". (PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, ob. cit., t. 1, ps. 598 y 599).
- (28) PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, ob. cit., t. 1, p. 601.
- (29) "Los 'daños punitivos', en tanto no tienden a resarcir un daño, sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de castigo y de prevención general, tienen la naturaleza de una pena". (PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, ob. cit., t. 1, p. 602).
- (30) Ver SHINA, Fernando, "Daños al consumidor", cit.; "Sistema legal para la defensa del consumidor", cit., entre otros.
- (31) En este punto es importante hacer una salvedad. Nosotros pensamos que la aplicación efectiva daños punitivos requiere indefectiblemente la atribución de un factor subjetivo de responsabilidad. En materia de daños punitivos, pensamos, no rige la responsabilidad objetiva, sino que debe demostrarse que la existencia de una conducta particularmente grave que se emprende deliberadamente, ya sea para perjudicar a otro o para incrementar el lucro propio, con total indiferencia de las consecuencias dañosas.

(32) El daño punitivo está dentro de esta "lógica regulatoria" es decir debe aplicarse conforme a situaciones objetivas de violación de la seguridad y con fundamento en la responsabilidad objetiva, con la finalidad de generar conductas futuras ratificadoras de la sancionada con daño punitivo. Esto es de la esencia de la sociedad de consumo. (GHERSI, Carlos, ob. cit.).

(33) Recordemos que en el marco del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mandó a llevar adelante un anteproyecto de reforma integral de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. La comisión legislativa designada para su realización estaba compuesta por doce juristas, Sebastián Picasso entre ellos.

Las neurociencias en nuestro ordenamiento normativo. Aplicación de las neurociencias en la teoría general del acto jurídico. El pensamiento de Richard Thaler y Cass Sunstein

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF190168

[Consultado el: 28/03/2022]

El pensamiento de Richard Thaler (1) y Cass R. Sunstein (2).

Introducción.

Continuando con la revista de autores que nos habíamos propuesto examinar, vamos a ocuparnos ahora de dos pensadores fundamentales entre quienes investigan las vinculaciones entre la psicología, la economía, el derecho y los mecanismos mentales implicados en la toma de decisiones. No referimos Richard Thaler (Premio Nobel en Ciencias Económicas, 2017) y a Cass Sunstein, un investigador de la Universidad de Chicago, especializado en economía conductual.

Thaler y Sunstein sostienen que la economía está gobernada por reglas anacrónicas y que se organiza a partir de un sujeto, tan racional como utópico, que toma decisiones controladas por su conciencia. El individuo que considera la teoría económica tradicional, al igual que el sujeto sobre el que se elaboró la teoría jurídica clásica, es imparcial, equilibrado y se para frente a sus pasiones inconscientes con firmeza y autocontrol (3).

Este hombre, que es al mismo tiempo racional y ficticio, es apodado por Thaler como Econ. Para este autor, uno de los

problemas centrales de la teoría económica es que organiza sus reglas y principios a partir de un sujeto que no es real dando lugar a un diagnóstico de origen equivocado. Dicho de otro modo: las ciencias sociales más importantes prescriben un sistema normativo dirigido a sujetos que no tienen prácticamente nada en común con las personas reales (4).

Ese error diagnóstico en el que incurren - distraída o deliberadamente - la economía y las ciencias jurídicas es lo que vincula nuestro pensamiento con estos notables investigadores. Las críticas que ellos les hacen a la teoría económica tradicional es idéntica a la que nosotros le formulamos al Derecho cuando sostenemos que actuamos de manera bastante irracional y usando la menor cantidad de discernimiento posible. En definitiva, nuestra crítica apunta principalmente a la teoría general del acto jurídico, para luego hacerse extensiva a la teoría general del contrato y de la responsabilidad.

Thaler y Sunstein denuncian que esa idea que describe a un hombre económico, que toma decisiones óptimas y equilibradas es tan falsa como la del hombre jurídico que actúa con discernimiento intención y libertad: ...existe un problema: las premisas en las que se basa la teoría económica son imperfectas. Primero, los problemas de optimización a los que se enfrenta la gente normal a menudo son demasiado difíciles como para que los puedan resolver, o incluso acercarse a su solución (5).

Las reglas básicas de la economía y el Derecho fallan porque, partiendo de un individuo excesivamente racional, no asumen la existencia de esa enorme llanura de inconsistencias que es la preciosa mente humana. El exceso de confianza y de optimismo quizás sean las características más destacadas, y también las menos consideradas por las ciencias sociales, de los seres humanos (6).

Es por eso que pensamos que es importante que la doctrina jurídica comience a examinar estos temas que, por obvias razones, serán los que van a dominar el escenario teórico de las próximas

décadas. Como bien dice Facundo Manes, las neurociencias y el Derecho están llegando a un inevitable encuentro en donde ambas disciplinas tendrán que resolver, conjuntamente, la encrucijada entre el sujeto individual y el sujeto comunitario (7).

II) El optimismo no realista.

Thaler y Sunstein saben que el discernimiento, o la capacidad de tomar decisiones del sujeto es limitada y fácilmente manipulable. Veamos más detenidamente esta cuestión.

Una de las principales características del ser humano es su optimismo. Más aún; no es infrecuente que estemos dominados por una suerte de optimismo no realista. Vale la pena que examinemos a esta idea porque, en buena medida, nuestra inestabilidad emocional se debe a indócil convivencia de nuestros pensamientos optimistas con la realidad que, a menudo, es más estrecha que nuestras expectativas.

Hay un ejemplo emblemático de esta situación. Si se nos pregunta cuantas chances de éxito tiene abrir una pizzería en Buenos Aires diremos que, probablemente, tiene un 75% de prosperar y un 25% de fracasar. Empero, si inmediatamente se nos pregunta cuántas probabilidades de prosperidad tiene nuestra casi con certeza diremos que la probabilidad de éxito es del 90% o, incluso, del cien por ciento. En este punto, quizás sea bueno que el lector sepa que no se trata de un ejemplo azaroso que hemos imaginado, sino del resultado de una investigación científica (8). Creemos, en definitiva, que nos irá bien cuando la tasa de fracaso es del 75%.

El optimismo no realista, como tan claramente se aprecia en este experimento, es la tendencia que todos tenemos a creer que nuestras habilidades y nuestra suerte son superiores a las de la media. Pensamos que vamos a ganar allí donde hay evidencia de que casi todos pierden y, con igual entusiasmo, imaginamos que no vamos a fracasar en situaciones en las que el común de la gente pierde rotundamente (los juegos de azar, por ejemplo).

Hay cientos de experimentos que advierten este desacople entre las expectativas previas y la realidad que les sucede. Así, el fumador, aun aquél que es consciente de los riesgos asociados al consumo de tabaco, piensa (mágicamente) que son escasas las chances de enfermarse como le sucede a muchas de las personas que fuman como él. De igual modo, saber que un porcentaje bastante alto de los matrimonios fracasan en los primeros años de convivencia, no hace retroceder a los novios que, morosamente, concluyen el delicioso beso que sella el compromiso matrimonial. Para ellos, muy afortunadamente, las chances de que el desamor futuro ocupe el lugar de las ilusiones presentes son inferiores a cero (9). En idéntico sentido, casi todos saben que los emprendimientos chicos tienen altísimas probabilidades de terminar en la ruina y, no obstante, nos endeudamos fuertemente con el banco que financia esa imprudencia del optimismo irreal y embriagado de una confianza inexplicable (10).

De eso se trata el optimismo no realista que, más allá de presentaciones humorísticas, es una causa bastante frecuente de tragedias económicas y angustias personales. Empero, el tema que ahora nos ocupa no es reprimir el optimismo, sin el cual nuestras vidas serían más desdichadas, sino advertir lo que los operadores comerciales pueden hacer con nuestro exceso de confianza.

Nosotros pensamos que manipular el optimismo y la confianza, exacerbando las expectativas de los adquirentes de bienes y servicios, es otra de las circunstancias que vician el acto jurídico. Se trata de un manejo deliberado del inconsciente que afecta, indistinta o simultáneamente, el discernimiento, la intención y la libertad de los actos jurídicos (11).

III) Soluciones legales aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.

La información comparativa. Por supuesto que no es fácil imponer la obligación de generar pesimismo o de achatar el optimismo natural, ni tampoco sería posible exigir su cumplimiento a

los proveedores de bienes y servicios. Empero, sin llegar a esos extremos, no sería difícil imponer a determinadas las empresas de servicios la obligación de crear mecanismos para que sus clientes accedan, on line, a información que incluya datos estadísticos y comparativos con otras empresas competidoras.

Esta solución sería particularmente aplicable a las prestadoras de servicios de la alta tecnología y bancarios (provisión de internet, telefonía móvil, televisión por cable, seguros, etc.). De esta forma, los suscriptores de un plan de telefonía móvil, por ejemplo, podrían acceder a encuestas que, además de informar las prestaciones particulares del plan elegido, muestren las prestaciones ofrecidas por - al menos - las dos competidoras mejor instaladas en el mercado. Luego, siguiendo este mismo método, se podrían ofrecer otras muestras de opinión o satisfacción de los usuarios de dos o tres compañías referidas al mismo plan. Finalmente, si el usuario no quedara satisfecho, se le debería permitir que cancele la suscripción y que, desde ese mismo sitio, pueda comenzar el proceso de contratación online con algunas de las otras compañías. Esa competencia llana y sin filtros entre las empresas prestadoras sería un punto de partida para la optimización del servicio.

La propuesta legislativa que acabamos de describir no es una mera fantasía fruto de nuestra imaginación. En una entrevista que le hicieron a Richard Thaler se le preguntó si la información ofrecida a la clientela era un sistema útil para mejorar las decisiones de los consumidores. Allí, el entrevistado explicó que la información comparativa es siempre bien recibida por la clientela: Hace tiempo que postulo que los consumidores tienen derecho a acceder a sus propios datos de uso, por ejemplo, los de las compañías telefónicas. Es difícil escoger el plan que mejor se ajusta a nuestras necesidades si no sabemos a ciencia cierta cómo hemos estado utilizando nuestros dispositivos. Además, esto puede favorecer a la competencia al impulsar que la gente cambie de proveedor. En el Reino Unido, por citar un caso, aprobaron una regulación que obliga a los bancos a facilitar el traspaso de los pagos automáticos a una nueva entidad.

Esto hizo que los bancos tuvieran que esforzarse por mantener a sus clientes (12).

Entonces, propiciamos que una eventual reforma al art. 4 de la LDC y/ o del art. 1100 del CCyC adicione la obligación de crear accesos directos on line para que los clientes puedan acceder a la siguiente información; a saber:

a) los precios y las prestaciones particulares del plan seleccionado y ofrecidos por esa prestadora;

b) comparar los precios y las prestaciones con los ofrecidas por, al menos, las dos competidoras directas de la empresa.

c) acceder a encuestas de opinión de los clientes de cada una de las compañías que ofrezcan ese plan u otro de similares características.

d) Permitir que los usuarios, desde ese mismo sitio, puedan darle de baja a su servicio e iniciar el proceso de contratación con alguna de las competidoras.

Pensamos que los usuarios buscan información calificada y selectiva, y rechazan la información confusa e inútil que le ofrecen. El hecho de que los contratos no se lean, no quiere decir que no sea posible obtener buena información.

El uso de información comparativa es de gran ayuda porque también está demostrado que permanentemente establecemos relaciones comparativas. De la misma manera que antes decíamos que los contratos no se leen nunca y que nunca se leerán, es seguro que sigamos haciendo comparaciones entre las distintas marcas de las cosas que compramos porque, sencillamente, la comparación de términos relativos es una característica propia de la racionalidad humana.

Dan Ariely llamó relatividad a este tipo de comportamiento comparativo. La idea le sirvió para desarrollar la muy interesante teoría de los de los señuelos que un poco más adelante veremos más detenidamente. La relatividad que explica Ariely básicamente describe que el ser humano nace predispuesto a realizar comparaciones (13).

Otro ejemplo típico de manipulación del optimismo está dado por los préstamos de dinero, ya sean por financiación bancaria directa, o por el uso de tarjetas de crédito. Es sabido que ignoramos por completo, y queremos ignorar completamente, los gastos de las comisiones anuales bancarias y financieras en que incurrimos. Pocas cosas nos resultan más incómodas que enterarnos, a comienzos del año nuevo que hemos gastado, en el que acaba de terminar, una fortuna en comisiones e intereses bancarios. Justamente por ese motivo, creemos que suministrar compulsivamente esa información sería, además de incómodo y angustiante, de suma importancia para bajar el nivel de endeudamiento de las familias (14).

No se trata de un problema menor porque el sobreendeudamiento familiar es un problema global que, además, afecta severamente a la familia argentina (15). Algunos estudios informan que en nuestro país el pago de créditos de consumo insume, en promedio, aproximadamente el 40% de los ingresos familiares (16). Otros autores nacionales, como Alegría y Di Lella, concluyen que el crédito para el consumo, que empieza siendo una herramienta financiera saludable, puede convertirse en una verdadera adicción a tomar deudas impagables (17).

Los bancos y también las gigantescas empresas emisoras de tarjetas de crédito (18), deberían tener la obligación de enviar un resumen anual que contenga, en forma clara y de fácil lectura, todos los gastos de comisiones e intereses financieros que se han pagado en el transcurso del año.

Ese resumen actuaría como una severa advertencia de lo mucho que gastamos, pero también sería una magnífica ayuda para atenuar nuestro optimismo excesivo e imprudente. Nada es más estimulante para ahorrar que saber los miles y miles de pesos que, muchas veces innecesariamente, gastamos por año en comisiones e intereses bancarios.

La obligación de enviar este reporte anual es otra de las medidas del paternalismo libertario que sugieren los autores que estamos examinando y que seguidamente analizaremos en forma más detallada (19) La instrumentación de esta obligación sería muy sencilla en nuestro sistema normativo.

IV) El paternalismo libertario en materia de información.

A partir de las premisas examinadas en el tópic anterior, Thaler y Sunstein elaboran un concepto muy interesante que denominan 'paternalismo libertario. Lo más relevante de esta idea es que los autores sostienen, y nosotros coincidimos, que una vez que se sabe a ciencia cierta lo fácil que es condicionar nuestras decisiones es necesario que el Estado intervenga para contrarrestar el efecto del optimismo no realista (20).

El término paternalismo libertario nos interesa, además, porque rompe la falsa paradoja que postula que un acto libre no puede padecer ninguna intervención oficial para mantener esa condición. Por el contrario, los autores señalan la necesidad de que Estado actúe, en forma moderada e inteligente, para ayudarnos a tomar decisiones acertadas. La intervención del Estado, si es equilibrada, no tiene porqué estropear la libertad contractual o la seguridad jurídica.

Estas ideas, moderadamente intervencionistas, no son ajenas a nuestra doctrina. De hecho, autores como Lorenzetti hablan de un orden público contractual que debe atender cuatro premisas: a) la

protección del consentimiento; b) la protección de la parte más débil; c) la idea de bienestar social; d) la dirección de las reglas económicas (21) Lorenzetti, cuyos aportes doctrinarios siempre valoramos más que su labor judicial, alerta sobre la ingenuidad de creer en una libertad contractual puritana y un mercado capaz de equilibrarse sin intervención oficial. El autor, acertadamente, apunta al individualismo insuficiente para crear bienestar y a la ambición desmedida que impide que el mercado sea equilibrado. Dicho en otras palabras: la insuficiencia individual y la exuberancia corporativa requieren la moderada intervención del Estado en los negocios privados (22).

Michael Sandel (Cs. Políticas, Harvard University) es un de los autores más filosos a la hora de poner el grito en el cielo frente a la utopía de los mercados libres. Para Sandel, el principio básico de la economía de mercado no es la libertad individual sino la codicia. Por eso propone un debate profundo, aunque todavía inexistente, acerca de cómo limitar el razonamiento puramente mercantilista, y por tanto amoral, de los mercados (23).

Thaler y Sunstein, más moderados, proponen una forma de intervencionismo que no regula el precio de los bienes ni la competencia entre las empresas, sino que va a operar sobre el inconsciente del sujeto. Los autores, sin crear utopías, describen un Estado que es, simultáneamente, liberal y paternalista (24). Se trata de un paternalismo virtuoso que interviene para que el individuo tome mejores decisiones y que resulta compatible con el funcionamiento de las sociedades de consumo capitalista (25).

En una obra posterior, Thaler ya no se refiere al optimismo irreal, sino al exceso de confianza. Sin embargo, ambas nociones describen el mismo fenómeno y producen el mismo efecto: decisiones erróneas y desfavorables para el interés propio (26). Es importante poner de relieve que para este autor, el exceso de confianza se origina en que nos consideramos superiores a la media. Por algún motivo que ignoramos, creemos que tenemos más talento o más suerte o más de ambas cosas que el promedio de la gente (27). Pero lo cierto es que la

a ciencia nos está mostrando, con un toque de brutalidad, que la razón, en la que tantas esperanzas habíamos depositado, es insuficiente para protegernos de las manipulaciones del inconsciente. Nos guste o no, estamos a merced de quien más eficazmente maneje nuestro inconsciente. Veamos cómo funciona el paternalismo libertario con un ejemplo.

Supongamos que una empresa prestataria de energía eléctrica está obligada a informar cómo se deben utilizar los artefactos domésticos para ahorrar energía en los hogares. Esa información, obviamente, es contraria a sus intereses que mejoran cuando sus clientes consumen más energía. Así, para cumplir la ley, evitar sanciones y, al mismo tiempo, no perjudicar sus intereses, es probable que la compañía envíe a su clientela facturas que contengan una leyenda que, más o menos, diga:

Si usa el servicio de acuerdo a estas instrucciones, es probable que su ahorro anual llegue a la suma de \$ 300.

En cambio, si la información sobre el consumo óptimo es suministrada por el Estado, que está verdaderamente interesado en ahorrar energía y en que la gente consuma menos, lo más probable es que transmita esa misma información, pero poniendo el énfasis en el mayor gasto (perdida) que supone el mal uso. En este caso, la leyenda informativa será enunciada así:

Si no se usa el servicio de acuerdo a estas instrucciones, su gasto anual se incrementará en la suma de \$ 300.

No se trata de informaciones diferentes porque, de hecho, los dos enunciados dicen lo mismo. Sin embargo, está comprobado que la fórmula utilizada por la compañía genera menos ahorro de consumo per cápita que la utilizada por el Estado (28).

La diferencia entre una y otra presentación está en su formulación. En la primera, se aconseja un método de ahorro mientras que en la segunda uno para evitar pérdidas. Ese es el quid de la cuestión: somos mucho más sensibles a las pérdidas que a los ahorros. La segunda información fue más eficiente en términos de resultados porque nos amenaza con una pérdida concreta y efectiva (29).

La presentación negativa o positiva de la información también es determinante en materia de salud. Resulta sorprendente analizar algunos experimentos que indican que los riesgos derivados de tratamientos médicos o de intervenciones quirúrgicas también pueden ser transmitidos en forma negativa o positiva, según qué respuesta quiera obtenerse del paciente. Por ejemplo, si nos informan que el 90% de las operaciones de corazón son exitosas, es más probable que aceptemos la operación que si nos informan que el 10% de las personas mueren en el quirófano. Ambas informaciones dicen exactamente lo mismo pero una estimula la decisión favorable a concretar la operación y la otra la deprime (30).

Imagine el lector qué pasaría con la industria farmacológica si, en vez de decir que un remedio no presenta adversidades de ningún tipo en el 90% de los casos, estuviera obligada a decir: En el transcurso del último año aproximadamente X cantidad de personas murieron o sufrieron graves padecimientos relacionados con el uso prolongado de esta medicación. Ese número representa aproximadamente el 10% de las personas que sufrieron inconvenientes asociados al consumo de este remedio. Por más que ambas informaciones sean ciertas, la segunda presentación, que actúa achatando las expectativas del optimismo irreal, producirá una segura caída en las ventas de ese remedio.

En términos de salud pública, es muy posible que la segunda formulación sea más recomendable que la primera, pero su resultado es claramente perjudicial para los intereses de la industria farmacológica. Ese contraste, entre bienestar general y progreso capitalista no es novedoso, pero todavía no se ha podido dirimir en

forma equilibrada. La irresolución se deba a que se trata de un dilema insoluble para la lógica capitalista puesto que postula la incompatibilidad entre la acumulación de riqueza y la acumulación de bienestar general. Para zanjar ese antagonismo es necesaria la intervención del Estado. Lorenzetti expone claramente esta idea más intervencionista (31).

Lo importante para nuestro limitado trabajo es que el lector comprenda que tanto la compañía comercial y como los funcionarios del Estado saben de antemano cómo reacciona el sujeto y cómo condicionar su conducta a partir de la forma en que le suministra la información. Entonces, no parece inapropiado que el Estado use este conocimiento en sentido positivo y solidario procurando una mejora colectiva en la toma de decisiones.

Sin embargo, también debemos ser cautos en las expectativas que pongamos en estas intervenciones. No son pocas las veces que la eficacia del Estado para cumplir el objetivo social pretendido es relativa o directamente nula y, muchas veces, su participación resulta contraproducente: abundan ejemplos de políticas sociales que no solamente fracasan, sino que empeoran la situación anterior a la intervención oficial.

John Bargh explica que muchas veces las políticas públicas tienen un objetivo solidario pero que fallan porque no tienen en cuenta una característica demasiado humana. En ese orden de ideas, el autor señala que es frecuente que las políticas sociales no consideren una cuestión humana determinante: el sujeto antepone las necesidades propias al bienestar del grupo. Es un prejuicio, y casi una superstición, pensar que el ser humano está dominado por tendencias solidarias. Más bien ocurre lo contrario y somos, como decía, Nietzsche, humano, demasiado humano.

En algún sentido, y ya que nos permitimos meternos un poco en la filosofía, no es audaz sostener que nos parecemos bastante a ese lobo antisocial y depredador que describe Hobbes y cuya pacificación

exige una organización social a través de una ley del Estado. Esa organización legal, inevitablemente tomará un poco de libertad y seguridad jurídica para lograr un mayor bienestar general. La intervención oficial es, desde el siempre, definitiva para que cualquier contrato social se concrete exitosa y pacíficamente (32). Pero volviendo a nuestro tema más concreto, vemos que John Bargh nos ofrece dos ejemplos de intervenciones estatales reales que resultaron contraproducentes. La primera experiencia fallida ocurrió en México, cuando el gobierno quiso reducir la circulación de automóviles para atenuar la emisión de gases contaminantes. Para ello, se tomó una medida que consistía en la prohibición de que, durante dos días de la semana, circulen los autos de matrícula par y, durante otros dos días, los vehículos de matrícula impar. El resultado fue que los automovilistas, para no perder el privilegio de moverse con su propio vehículo, optaron comprar un segundo automóvil. Pero, para no resentir demasiado su presupuesto, la mayoría de las personas adquirió modelos viejos y en mal estado que, a la postre, resultaron ser bastante más contaminantes que los modelos más nuevos. El efecto de esta política pública solidaria y bien intencionada fue un aumento en la circulación de automóviles, un aumento del consumo de combustible, un aumento de la emisión de gases contaminantes y, desde luego, un rotundo fracaso (33).

Un segundo ejemplo es más explicativo, más descriptivo y más demostrativo de cómo funciona, nos guste o no, la estructura básica del ser humano. El experimento cuenta que, ante la abundancia de serpientes depredadoras y venenosas, el gobierno de la India decidió pagar una recompensa por cada cobra muerta que se le entregara. El resultado, desagradablemente previsible, que, sin embargo, no fue previsto por las autoridades, fue el aumento de los criaderos de ese peligroso animal. Al poco tiempo de lanzada la medida, las cobras aumentaron en número y en salud. Humano, demasiado humano (34).

V) ¿Es posible aplicar el paternalismo libertario de la teoría de Thaler & Sunstein en nuestro ordenamiento jurídico?

(1) Informar y educar. Sin perjuicio de los ejemplos, ciertamente deplorables, presentados al terminar el tópico anterior, seguimos auspiciando una moderada intervención del Estado similar a la que proponen Thaler y Sunstein. A pesar de algunos experimentos fallidos, creemos que el gran protagonista de las relaciones de consumo es y seguirá siendo el Estado. En ese orden de ideas, pensamos en rediseñar un modelo de 'paternalismo libertario que podría implementarse en Argentina. En concreto, su aplicación sería posible y saludable en el caso de los llamados Servicios Públicos Domiciliarios (SPD) regulados en los arts. 25 a 31 de la Ley 24.240.

Según los desarrollos que hemos visto y explicado, pensamos que el Estado debería reglamentar que las empresas brinden información, referida al consumo eficiente del servicio, en forma negativa, evitando expresar el ahorro derivado del uso correcto, y poniendo el énfasis en las pérdidas derivadas del uso incorrecto. Recordemos que, por regla, es más fuerte la aversión a la pérdida de dinero que el estímulo a su ahorro. Dicho de otro modo: aborrecemos perder y somos indiferentes al ahorro, como si el derroche no fuera, al fin, una forma de pérdida patrimonial (35).

Conociendo estas premisas, pensamos que los organismos que controlan a las prestadoras de SPD las podrían obligar a que, en los meses donde esos servicios tienen picos de consumo, informen, por ejemplo, la pérdida de dinero que ocasiona el uso de un aire acondicionado a menos temperatura que la indicada en el manual de uso. Esta información podría ser apoyada con anuncios usando la multimedia y las redes sociales. De esta manera, se optimizaría la información que deben brindar los proveedores y se promoverían acciones públicas efectivas para consumo sustentable.

(2) El efecto rebaño. Una de las maneras más eficaces de manipular nuestras decisiones es apelar al llamado efecto rebaño o manada. El ser humano es un animal netamente gregario; por ese motivo, en general actuamos por repetición de conductas y por imitación de modelos anteriores. Veamos.

Cuando se nos presenta un tema desconocido, lo primero que pensamos es: qué dirán los otros, sobre esta cuestión. Los hombres de derecho sabemos de sobra esta cuestión porque cada vez que enfrentamos a un tema nuevo buscamos ansiosamente sus antecedentes jurisprudenciales, y si tenemos la suerte de encontrar fallos que avalen nuestra tesis, ella será más creíble y más difícil de refutar. Por el contrario, si la tendencia jurisprudencial es opuesta lo más probable es que abandonemos por temor a su rechazo.

Esta clase de comportamientos, popularmente conocidos como efecto panqueque, no sorprenden a los científicos que han desarrollado muchos experimentos para demostrar que la opinión de los otros influye decisivamente sobre la propia. Por ejemplo, se ha demostrado que si una persona que come mucho debe compartir la mesa con personas que comen menos ella, automáticamente, comerá más moderadamente. Otro experimento demuestra que un estudiante haragán mejora su rendimiento escolar si es puesto a trabajar con estudiantes más aplicados.

La influencia social es determinante de nuestros comportamientos. Ni bien tomamos conocimiento de que muchas personas actúan de una forma determinada, esa tendencia se transmite al resto de la sociedad como una información acerca de cómo se debe actuar para evitar rechazos o reprobaciones. Una prueba muy interesante de Thaler y Sunstein nos muestra cómo un político republicano es más moderado cuando está con un grupo de políticos demócratas y, viceversa, el demócrata atenúa sus posturas más radicales cuando es obligado a compartir un espacio con un grupo de republicanos (36). Es que, como dicen estos pensadores: En

definitiva, los humanos nos vemos influidos fácilmente por otros humanos. ¿Por qué? Una razón es que buscamos la conformidad (37).

La influencia de los otros es de suma importancia a la hora de tomar decisiones. Esa injerencia tiene un aspecto positivo, porque el aprendizaje está fuertemente relacionado con la imitación de modelos virtuosos; sin embargo, la contracara de este fenómeno es que muchos de los errores que cometemos también obedecen a una imitación de los ajenos (38).

El problema no radica en la reproducción de modelos virtuosos y tampoco en asumir que algunas veces nos equivocamos por seguir a la manada. Lo que nos interesa poner de relieve en este trabajo son los peligros relativos a la creación de tendencias sociales falsas con fines lucrativos o políticos. Dicho de otro modo: el peligro no es la imitación, sino la manipulación del pensamiento colectivo a través de información falsa pero socialmente aceptada como verdadera y correcta (39).

La importancia que el efecto rebaño tiene para nuestra tesis es bastante evidente. Se trata de una forma de condicionar el discernimiento. No es difícil imaginar que, conociendo el resultado de estos experimentos, los proveedores de bienes de consumo masivo organicen campañas publicitarias cuyo foco esté puesto en la cantidad de personas que consumen el producto, generando un efecto de consumo por contagio. De hecho, Thaler y Sunstein alertan sobre esta cuestión (40).

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que sería indeseable, por autoritaria, la aplicación de una norma que prohíba los anuncios que contengan datos estadísticos. No obstante, también debe considerarse que es imposible que los usuarios puedan determinar si los datos ofrecidos en los avisos son verídicos o si tienen como único objetivo crear consumo por contagio.

Naturalmente, y con razón, el lector estará pensando que los anuncios publicitarios podrán ser las dos cosas al mismo tiempo; es decir, contener estadísticas verídicas y producir un contagio masivo que resulte provechoso para la compañía. Esa postulación puede ser rigurosamente cierta. Pero también es innegable que podrían existir, como de hecho existen, encuestas falsas o sesgadas que generan un resultado contagioso sobre la base de información adulterada. Esa manipulación deprime, aún más, la capacidad de discernir que tenemos y ese es, en definitiva, el problema: la creación artificial de tendencias colectivas mediante información falseada o sesgada.

EL Estado, a través de las respectivas autoridades de aplicación de la ley de defensa del consumidor, puede controlar que las publicidades no utilicen indebidamente el efecto manada. Para hacerlo debe vigilar las encuestas utilizadas en las publicidades no contenga datos falsos o información sesgada.

No podemos, sin embargo, soslayar que la cuestión tiene su reverso. Es posible, y de hecho ocurre con frecuencia, que sea el propio Estado quien manipule con mayor intensidad la conciencia colectiva. La tragedia universal del nazismo, al menos en parte, también se explica por la creación de una gigantesca manipulación de la conciencia colectiva. En nuestro país, desafortunadamente, tampoco faltan ejemplos de gobiernos que falsearon los datos estadísticos más sensibles para el funcionamiento de la sociedad. Por otra parte, tampoco hace falta llegar a ejemplos tan extremos para entender que podemos tomar decisiones nocivas para el interés individual y social solamente por seguir una tendencia que creemos mayoritaria y virtuosa.

Thaler y Sunstein denominan a ese fenómeno conservadurismo colectivo. Es la tendencia que los grupos sociales tienen a aferrarse a reglas sociales más allá de su conveniencia. El resultado de ese seguimiento ciego e irracional no pocas veces es la creación de un estado de ignorancia pluralista.

El Derecho, y sobre todo la jurisprudencia, está plagada de ejemplos que marcan un excesivo conservadurismo colectivo. Por ejemplo, los distintos códigos procesales del país contienen ritualismos incomprensibles que se usan hace más de un siglo, aun sabiendo que su aplicación trae más injusticia que soluciones (41).

En sumario, si bien es cierto que no es posible que las relaciones de consumo mejoren sin la intervención moderada del Estado, no debemos pasar por alto los peligros que acechan a esas intervenciones, sobre todo en países como el nuestro en el que la fragilidad de las instituciones es tan marcada. Dicho sin eufemismos: desde el nudge virtuoso, que postulan Thaler y Sunstein al autoritarismo barroco y pintoresco de algún funcionario patrio no hay mucho trecho.

(3) Como usar positivamente el efecto rebaño. Como venimos señalando en los antecedentes, la imitación de modelos y la repetición de conductas puede ser positiva o negativa en términos sociales y también individuales. Veamos ahora un caso de manipulación positiva que produjo un resultado asombroso para mantener limpia una ciudad del Estado de Texas, USA.

El experimento describe como un Estado provincial de USA logró revertir los magros esfuerzos obtenidos en una campaña oficial que alentaba a no tirar basura a la calle y mantener más limpia a la ciudad. Esta medida causó el inmediato rechazo de grupos antagonicos y rebeldes que veían esta injerencia oficial como un menoscabo a libertad individual y sus valores.

Lo primero que hizo el Estado fue identificar con la mayor precisión posible el universo de personas que más rechazaban la campaña pro-limpieza. Ello permitió saber que los más rebeldes era el grupo integrado por varones de entre 18 y 24 años. Luego de obtenerse ese dato estadístico, todo resultó más sencillo. Se preparó un slogan breve y convincente y se contó con la colaboración de unas pocas figuras famosas del mundo del deporte y de la música. Resulta

increíble ver el resultado que tuvo el mero hecho de que tres o cuatro personas, socialmente relevantes, dijeran que era necesario mantener limpias las calles de la ciudad: en los 6 años siguientes al lanzamiento de la campaña pro-limpieza, los residuos arrojados en las calles, bajaron un 72% (42).

Muchas veces se insiste, sin resultados favorables, con el dictado de normas que no se aplican y no se cumplen, y que luego son modificadas por otras que parecen mejores, pero que dan el mismo resultado. Quizás sea más conveniente buscar soluciones que trasciendan el sistema normativo y puedan concretarse a través de un Estado más activo, pero también más inteligente y más moderno. Es imprescindible dejar de pensar que la obligatoriedad de normas incumplibles puede suplir los efectos de una comunicación masiva y bien orientada (43).

(4) Como evitar el uso indebido del efecto rebaño - Soluciones legales para nuestro ordenamiento normativo. El problema del efecto rebaño es el uso negativo derivado de la manipulación del comportamiento humano. De la misma manera que una campaña estatal orientada a mantener las calles limpias tendrá eventualmente un resultado positivo en términos sociales, una campaña comercial que se desarrolla con datos falsos tendrá consecuencias muy negativas. Piense el lector en los efectos perjudiciales que podría tener una estadística fraguada en el consumo de remedios, o de artículos de perfumería, o de alimentos etc. Para evitar estos efectos, creemos que sería conveniente que una futura legislación modifique los art. 4 de la LDC y el 1100 del CCyC.

En ese orden de ideas, nos parece posible agregar una norma que establezca que, cuando una publicidad o una información se base en datos estadísticos, el proveedor deba informar la fuente y el método utilizado, la composición detallada de su universo (por sexo, edades y segmentación socioeconómica) y la fecha en que fue realizada.

La norma, en definitiva, debería exigir que las empresas descubran al público los datos técnicos relevantes para determinar que la encuesta tiene un nivel razonable de credibilidad.

(5) La ley del mínimo esfuerzo: el consentimiento por default y el uso de cláusulas supletorias desventajosas. Hay un viejo refrán que describe, a veces en forma un poco despectiva, que siempre tomamos el camino de la menor exigencia y que tenemos la tendencia a cumplir las obligaciones asumidas en su mínima expresión. La ley del mínimo esfuerzo es el nombre de ese pensamiento popular que muchas veces nos incrimina y pocas veces encontramos argumentos para rebatir la acusación.

Por ejemplo, si nos piden que vayamos a comprar una docena de facturas elegimos la panadería más cercana aun sabiendo que un poco más lejos está la mejor panadería de la ciudad. Cuando debemos elegir y nos requiera menos esfuerzos personales. Normalmente preferimos quedarnos el menor tiempo posible en el trabajo, o donar la menor cantidad de plata requerida para una campaña solidaria o escribir la menor cantidad de artículos requeridos para permanecer en la cátedra que nos aceptó en su equipo. Estamos dominados por los efectos de un patrón de conducta que nos impulsa a buscar el máximo nivel de confort con el menor esfuerzo posible. Nos guste o no, la felicidad, en parte, consiste en disfrutar el máximo placer con la menor exigencia. Todos queremos que se duplique nuestro salario o ingresos y que se nos reduzcan a la mitad las tareas que hacemos para conseguir ese premio. Los humanos somos, en definitiva, demasiado humanos.

El único problema serio de esta tendencia es que no siempre nos conviene ir a la panadería más cercana, o trabajar menos. No son pocas las veces que la Ley del Mínimo Esfuerzo (LME) nos lleva a fracasos parciales o, incluso, a la ruina total. En definitiva, la LME no es un refrán, sino una evidencia científica que describe una forma típica de comportamiento humano (44).

Lo que nos interesa de este punto es explicar que la tendencia a disminuir los esfuerzos se aplica a la toma de decisiones jurídicas. Así, cuando tenemos que firmar un contrato y elegir entre diversas cláusulas optativas casi siempre elegimos la que menos concentración nos requiere. Por ejemplo, si una de las cláusulas de un contrato de adhesión ofrece varias opciones y una última que dice: ninguna de las anteriores, lo más probable es que desechemos todas las variantes ofrecidas, permitiendo que quede firme la alternativa supletoria propuesta por el estipulante.

Hasta acá la cuestión no es demasiado problemática; pero, ¿qué ocurre cuando la opción supletoria es menos conveniente para el usuario que alguna de las que desechó? Quizás ayude a entender la cuestión recordar una situación que ocurre bastante a menudo. Cada vez que se abre una cuenta bancaria, el banco ofrece una o más tarjetas de crédito que, normalmente, se aceptan por su gratuidad y por los nuevos beneficios que ofrecen. Luego de unos meses de esperar los resúmenes de gastos, se advierte que no se recibe ninguna notificación. Cuando el cliente llama al banco, luego de perder bastante tiempo, se le informa que el resumen no fue enviado porque dicha opción no fue solicitada en la apertura de la cuenta. Esto significa que, ante el silencio del cliente, el banco supletoriamente considera que éste eligió que se le debiten todos los gastos de su cuenta y que no quería recibir el resumen mensual de gastos.

Este episodio, que ciertamente se repite con frecuencia, es útil para sacar varias conclusiones: (a) se comprueba que la tendencia al mínimo esfuerzo es un fenómeno real que se manifiesta tal como lo describen los autores que estamos examinando; (b) es altamente probable que esa inacción, propia de la comodidad, termine siendo perjudicial para el usuario; (c) casi sin excepción las opciones contractuales supletorias importan una ventaja para el prestador del servicio que termina aprovechando las consecuencias de la ley del mínimo esfuerzo.

La buena noticia es que sería bastante fácil implementar un sistema legal para combatir esta práctica abusiva.

Veamos.

Partiendo de la base de que existe un comportamiento humano tendiente a la inacción y al menor esfuerzo, el Estado puede regular el funcionamiento de las estipulaciones supletorias.

El libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 2, arts. 984 a 989, el Código Civil y Comercial regula los llamados contratos de adhesión. Sería posible agregar un nuevo art., que bien podría ser el 988 bis, y tratar el tema de las estipulaciones contractuales supletorias o por default. En primer lugar, esa norma hipotética debería definir el concepto de cláusulas contractuales supletorias y describir sus características; ellas son: (a) la cláusula debe contener varias opciones para que el adherente elija; (b) debe mediar silencio (inacción) del adherente en la elección de alguna de las opciones disponibles; (c) debe estar indicado en forma clara que, en caso de no hacerse uso de ninguna opción, supletoriamente será aplicable la solución contractual prevista por default.

El segundo párrafo de esta norma debería regular las condiciones de validez de la estipulación supletoria. Pensamos que la norma podría utilizar el mismo criterio establecido en el art. 987 del CCyC, (regla contra proferentem) según el cual toda cláusula contractual que resulte ambigua o dudosa debe ser interpretada en sentido contrario a la parte predisponente. En sentido similar, podría disponerse que la estipulación contractual supletoria sólo será válida si está redactada en sentido favorable al adherente, bajo pena de nulidad en caso de favorecer, en cualquier sentido, al estipulante. Asimismo, en caso de decretarse su nulidad el contrato podrá integrarse con alguna de las otras opciones a elección del adherente.

VI) Terminaciones.

Se anotan, a modo de sumario, algunas de las ideas centrales desarrolladas en este tópico:

(1) La razón y la intuición. Las reglas básicas de la economía y de las ciencias jurídicas fallan, en gran medida, porque asumen erróneamente que el individuo es excesivamente racional. En verdad, está demostrado que somos mucho más intuitivos de lo que imaginamos.

(2) El optimismo irreal. Una de las principales características del ser humano es su optimismo excesivo o no realista. Esa tendencia nos hace creer que nuestras habilidades y nuestra suerte es superior a la media. El optimismo no realista y el exceso de confianza son causa frecuente de decisiones económicas y personales perjudiciales.

(3) La información comparativa. El uso de información comparativa puede ser de suma utilidad porque también está demostrado que permanentemente establecemos relaciones comparativas. Sería posible exigirles, a determinadas empresas de servicios discriminadas por rubros, que informen las prestaciones que ofrecen en términos comparativos con otras empresas del mismo rubro.

(4) El paternalismo libertario. El Estado debe asumir una forma de intervención virtuosa en las relaciones contractuales entre particulares. Se trata, en definitiva, de una forma de paternalismo libertario que procura ayudar a que el individuo tome mejores decisiones. Esta forma de intervención debe ser compatible con el funcionamiento de las sociedades de consumo propias del libre mercado.

(5) Comisiones e intereses bancarios. Los bancos y también las gigantescas empresas emisoras de tarjetas de crédito,

deberían estar obligadas enviar a sus clientes un resumen anual que contenga en forma clara todos los gastos de comisiones e intereses financieros que se han pagado durante el año.

(6) Ese resumen actuaría como una severa advertencia de lo mucho que gastamos, y ayudaría a atenuar el optimismo excesivo e imprudente que nos domina. El sólo hecho de conocer las importantes sumas de dinero que se gastan en el pago de intereses financieros de consumo, reduciría ese gasto tan importante para las economías familiares. (7) El efecto rebaño. Una de las maneras más eficaces de manipular nuestras decisiones es apelar al llamado efecto rebaño o manada. En la mayoría de los casos actuamos por repetición de conductas y por imitación de modelos.

(8) Las influencias positivas y negativas. La influencia que los otros ejercen sobre nosotros es de suma importancia a la hora de tomar decisiones. Esa influencia muchas veces es positiva, porque el aprendizaje está relacionado con la imitación de modelos virtuosos. La contracara de este fenómeno es que muchos de los errores también obedecen a una imitación de conductas y modelos.

(9) La ley del mínimo esfuerzo. Si una cláusula contractual ofrece varias opciones entre las cuales una dice: ninguna de las anteriores, lo más probable es que desechemos todas las variantes, permitiendo que quede firme la alternativa supletoria propuesta por el estipulante.

(10) Interrogante: y soluciones legales. ¿qué pasa cuando la opción supletoria es menos conveniente para el usuario que alguna de las que desechó? Pensamos que se podría utilizar el mismo criterio establecido en el art. 987 del CCyC, según el cual toda cláusula contractual que resulte ambigua o dudosa debe ser interpretada en sentido contrario a la parte predisponente. En sentido similar, podría disponerse que la estipulación contractual supletoria sólo será válida si está redactada en sentido favorable al adherente, bajo pena de nulidad en caso de favorecer, en cualquier sentido, al estipulante.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Richard H. Thaler, East Orange, 12 de septiembre de 1945. Es un economista estadounidense. Conocido por sus aportes teóricos en finanzas conductuales y por su colaboración con Daniel Kahneman y otros en la definición avanzada de este campo. En 2017 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel por sus contribuciones a la economía conductual. (https://es.wikipedia.org/wiki/Richard_Thaler, Fecha de captura: 8-08-2019).
- (2) Cass R. Sunstein (21 de septiembre de 1954) es un abogado norteamericano y profesor universitario dedicado principalmente al estudio del derecho constitucional, derecho administrativo, derecho ambiental y de la economía conductual. Se desempeñó como Director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA) en la administración Obama y es Profesor Felix Frankfurter en la Escuela de Derecho en Harvard. Durante 27 años, Sunstein fue investigador en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago,¹ donde actualmente continúa enseñando como Profesor Visitante Harry Kalven. (https://es.wikipedia.org/wiki/Cass_Sunstein , fecha de captura: 8-08-2019).
- (3) La premisa central de la economía es que la gente elige por optimización. De entre todos los bienes y servicios que una familia podría comprar, la familia escoge el mejor que se pueda permitir. Además, se asume que las creencias a partir de las cuales los Econs llevan a cabo sus elecciones son imparciales, es decir, que elegimos basándonos en lo que los economistas denominan 'expectativas racionales'. Si el promedio de las personas que abren un nuevo negocio creen que sus probabilidades de éxito son del 75 por ciento, entonces ésta debería ser una buena estimación del porcentaje de negocios que finalmente tiene éxito. Los Econs no sufren exceso de confianza. (Thaler, Richard, *Portarse mal ...*, p. 30).
- (4) Por el contrario, el problema reside en el modelo utilizado por los economistas, un modelo que sustituye al Homo Sapiens por una

criatura ficticia llamada 'Homo economicus', criatura que para abreviar suelo llamar Econ. (Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 29).

(5) Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 31.

(6) Segundo, las creencias a partir de las cuales la gente toma sus decisiones no son imparciales. Puede que el exceso de confianza no aparezca en el diccionario de los economistas, pero es un rasgo muy arraigado en la naturaleza humana, y existen innumerables otros sesgos bien documentados por los psicólogos. (Thaler, Richard, Portarse mal..., p. 31).

(7) Con el advenimiento de las nuevas tecnologías, las últimas décadas han sido fundamentales en la comprensión del funcionamiento de la mente. En este contexto, las neurociencias cognitivas han comenzado a establecer diálogos con diferentes disciplinas, y cuestiones que hasta el momento funcionaban escindidas empiezan a entrecruzar sus caminos. Este es el caso de las neurociencias y el derecho. Si bien, en lo esencial, la neurociencia estudia al individuo y el derecho, el funcionamiento de la sociedad, estos saberes comparten un espacio común en la encrucijada de lo personal a lo comunitario. (Pastor, Daniel - Roca María (Dir.), Neurociencias y Derecho, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, T. 1, p. 7).

(8) Algo similar es válido para quienes emprenden un nuevo negocio, donde la tasa de fracaso es al menos del 50 por ciento. En una encuesta realizada a personas que abrían un negocio...se les hacían dos preguntas: a) ¿Cuáles cree que son las posibilidades de éxito de un negocio típico como el suyo? b) ¿Cuáles son sus posibilidades de éxito? Las respuestas más comunes fueron 50 por ciento y 90 por ciento respectivamente, y muchos respondieron el 100 por cien a la segunda. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 50).

(9) Aproximadamente el 50 por ciento de los matrimonios acaban en divorcio, y éste es un dato que la mayoría conoce. Pero en el momento de la ceremonia casi todas las personas creen que las posibilidades de que su matrimonio acabe en divorcio son aproximadamente del cero por ciento, incluso los ya se han

divorciado. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 49).

(10) El optimismo no realista puede explicar buena parte de los riesgos individuales que se asumen, en especial cuando están relacionados con la vida y la salud. Al pedirles que imaginen su futuro, los estudiantes suelen responder que tienen menos probabilidades que sus compañeros de ser despedidos de un trabajo, sufrir un infarto o tener cáncer, divorciarse después de pocos años de matrimonio o tener problemas con la bebida. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 50).

(11) El optimismo no realista es un rasgo universal de la vida humana; caracteriza a la mayoría de las personas de casi todas las categorías sociales. Cuando sobreestiman su inmunidad personal, la mayoría de las personas dejan de tomar medidas preventivas razonables. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 50).

(12) <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019.

(13) La relatividad nos ayuda a tomar decisiones en la vida. Pero también puede hacernos completamente desgraciados... Pues comparar nuestra suerte en la vida con la de otros genera celos y envidia. Al fin y al cabo, había una buena razón por la que uno de los Diez Mandamientos advertía: No desearás la casa de tu prójimo...

Puede que éste resulte el mandamiento más difícil de seguir si consideramos el hecho de que, desde que nacemos, estamos predispuestos a comparar. (Ariely, Dan, Las trampas del deseo..., p.35).

(14) En 1989 la familia media estadounidense debía 2.697 dólares a las compañías emisoras de tarjetas de crédito; en el año 2007 la deuda había aumentado a unos 8 dólares. Y estas cifras probablemente sean demasiado bajas porque suelen ser las que dan los propios titulares. Basándose en datos de la Reserva Federal, algunos investigadores sugieren que los hogares estadounidenses pueden tener una deuda media con sus tarjetas de crédito de 12.000 dólares. Con un interés típico del 18 por ciento anual, eso se traduce en el pago de más de 2.000 dólares al año solamente en intereses. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 165).

(15) Según un nuevo estudio, la deuda promedio de los argentinos supera los \$110.000 y la principal causa de sobreendeudamiento es la mala administración financiera. El ingreso promedio en nuestro país se encuentra cerca de los \$25.000, lo que significa que se deberían destinar más de 4 meses de su sueldo íntegro (sin contar sus gastos en necesidades básicas y suponiendo que la deuda no genere intereses) al pago de deuda para salir del problema, según el análisis realizado por la reparadora de crédito Resolvé tu Deuda. (<https://www.ambito.com/la-deuda-promedio-los-argentinos-el-mal-uso-las-tarjetas-s-supera-los-110-mil-n4020117>, Fecha de captura: 4-10-2019).

(16) Otras conclusiones que surgen como resultado de la encuesta y que tienen que ver con el endeudamiento de las familias son: El pago de las cuotas le insuere en promedio el 27% de los ingresos familiares, aunque en una buena porción (el 38%) llega hasta el 40%. (<https://www.iprofesional.com/finanzas/294257-prestamos-banco-Creditos-y-tarjetas-los-argentinos-cada-vez-con-mas-deudas>, Fecha de captura: 4-10-2019).

(17) Es sabido que la vida de las personas humanas se desarrolla en un contexto sociocultural marcado fuertemente por el consumismo, sustentado por el mercado globalizado e influenciado por los patrones impuestos por el marketing. Ello generó, en una parte de la población, una adicción al consumo en un complejo y problemático escenario social y económico. Este consumo es incitado por diversos sectores de la sociedad y lleva a crear necesidades en la comunidad, requiriendo irremediamente del crédito, el que se presenta como nexo para que los consumidores adquieran de manera ágil y sencilla bienes que de contado no lo podrían hacer. (Alegría, Héctor - Di Lella, Nicolás J., La insolvencia de los consumidores, Rubinzal online, Cita: RC D 1160/2017, Tomo: 2016 1 Consumidores, Revista de Derecho de Daños).

(18) La oficina de Censo estadounidense informó de que en 2004 había más de 1.400 millones de tarjetas de crédito por 164 millones de titulares: en promedio, 8,5 tarjetas por titular. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón... p. 165).

(19) ¿Puede ayudar en este el paternalismo libertario? Lo mismo que con las hipotecas, pensamos que es un terreno ideal para ... Nuestra propuesta es que las compañías emisoras de tarjetas de crédito estén obligadas a enviar un extracto anual, tanto en papel como en formato electrónico, que incluya una relación totalizada de las comisiones en que se ha incurrido a lo largo del año. Este informe tendría dos finalidades. Primero, los usuarios de tarjetas podían utilizar la versión electrónica para buscar mejores condiciones. Al conocer exactamente el uso que han hecho de la tarjeta y comisiones, serían más conscientes de por qué están pagando. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón ... p. 166).

(20) Sin dudas la mejor ayuda que podemos recibir del Estado es una educación completa, obligatoria y gratuita, sobre relaciones de consumo. Alegría y Di Lella al respecto sostienen muy acertadamente que es necesario: ... el desarrollo de cursos o escuelas para consumidores con presencia obligatoria, para educar a la comunidad sobre el consumo consciente, con conexiones en distintas entidades que procuren auxiliar al consumidor y no se embarquen ni reincidan en este consumo sobredimensionado (Alegría, Héctor - Di Lella, Nicolás J., La insolvencia de los consumidores, Rubinzal online, Cita: RC D 1160/2017, Tomo: 2016 1 Consumidores, Revista de Derecho de Daños). 21) Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p 113.

(22) Las fallas de la racionalidad individual y del mercado existen. El intercambio contractual libre debería llevar a un bienestar general, según lo afirmaron los teóricos liberales clásicos, pero se ha observado una falta de coincidencia entre la conducta maximizadora de la riqueza y los resultados socialmente cooperadores que se esperaban de ella. Por esta razón presentamos las normas de orden público de coordinación y de dirección económica, que cumplen una función de promoción o restricción del contrato. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p 115).

(23) Esta actitud de abstención de todo juicio relativo a valores está en el corazón del razonamiento mercantil y explica gran parte de su atractivo. Pero nuestra reluctancia a emplear argumentos morales y espirituales, junto con nuestra aceptación de los mercados, nos ha

hecho pagar un alto precio: ha drenado el discurso político de toda energía moral y cívica, y ha contribuido a la política tecnocrática, de mera gestión, que hoy aqueja a muchas sociedades. (Sandel, Michael, Lo que el dinero no puede comprar, Joaquín Chamorro Mielke (Trad.), Buenos Aires, Debate, 2013, p. 22).

(24) Los paternalistas libertarios queremos facilitar a las personas que sigan su propio camino; no queremos poner obstáculos a aquellos que desean ejercer su libertad. El aspecto paternalista radica en que los arquitectos de las decisiones traten de influir en la conducta de la gente para hacer su vida más larga, más sana y mejor. En otras palabras, estamos a favor de que las instituciones, tanto del sector privado como del Gobierno, se esfuercen de forma consciente para orientar las decisiones de las personas en direcciones que mejoren sus vidas. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 19).

(25) El paternalismo libertario es un tipo de paternalismo relativamente débil y blando, y que supone una intromisión porque las opciones no se bloquean ni se eliminan, ni se gravan en forma significativa...Sin embargo, el enfoque que recomendamos se considera paternalista porque los arquitectos de las decisiones públicos y privados no se limitan a intentar identificar o poner en práctica las decisiones que esperan de las personas. Más bien, intentan orientarlas en direcciones que mejorarían sus vidas. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 20).

(26) Thaler, Richard, Portarse mal ..., p. 31.

(27) ... La primera, el exceso de confianza: casi todo el mundo cree que está por encima de la media en muchas tareas, desde manejar hasta contar chistes. Esta autosuficiencia implica que, a menudo, nos llevemos sorpresas desagradables. Segundo, el autocontrol: comemos de más, hacemos poco ejercicio, y, en general, dejamos todo para último momento. Si alguien te dice que un proyecto le llevará seis meses, habrá que calcular por lo menos doce. (Ver entrevista completa en: <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura: 13-09-2019).

(28) La idea es que las decisiones dependen, en parte, de la forma en que se enuncian los problemas. ...El ahorro de energía está recibiendo mucha atención, así que consideramos las siguientes

campañas de información: a) si sigue estos métodos para gastar menos energía, ahorra 350 dólares al año; b) si no sigue estos métodos para gastar menos energía, pierde 350 dólares al año. La campaña de información b), enmarcada en términos de pérdida, es mucho más eficaz que la campaña a). Si el gobierno quiere fomentar el ahorro de energía, la opción b) es un nudge más fuerte. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 54).

(29) Aversión a la pérdida: somos el doble de sensibles a las pérdidas que a las ganancias. Esto hace que seamos excesivamente reuentes a asumir riesgos. Tenemos una tendencia a mantener el statu quo. Nos quedamos con lo que tenemos porque no queremos renunciar a nada, aunque cambiar implique, posiblemente, mejorar, subir un escalón. (Ver entrevista completa en: <https://www.pressreader.com/>, fecha de captura 13-09-2019).

(30) Supongamos que sufre una enfermedad grave del corazón y que su médico le propone una operación arriesgada. Es comprensible que sienta curiosidad por conocer las posibilidades que tiene. El médico dice: 'De cien pacientes que se operan, noventa están vivos cinco años después'... Si damos los datos de una manera la respuesta del doctor será tranquilizadora y probablemente decida operarse. Pero supongamos que el médico... dice: 'De cada cien pacientes que se operan, diez están muertos cinco años después'. Si usted es como la mayoría de la gente, esta respuesta le sonará alarmante y quizás decida no operarse. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 53).

(31) El Derecho Privado actual debe admitir una interrelación entre el marco institucional y los comportamientos individuales, superar la noción de 'sujeto aislado' para arribar a una idea de 'sujeto situado'. Situar al sujeto importa establecer un modo de relación con los demás individuos y con los bienes públicos, lo cual nos lleva a las reglas institucionales que fijan los parámetros de esta organización. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p. 115).

(32) En su estado natural, pues, el hombre es un lobo par el hombre... Si se dejara que los hombres siguieran su naturaleza, la sociedad resultaría imposible; cada uno lucharía para arrebatar los bienes y la reputación de los demás, y el resultado sería la continua

guerra civil... Con el fin de evitarlo, de constituir la sociedad y, con ella, de permitir a los individuos subsistir sin temor y con seguridad, es preciso que cada uno cede una parte de lo que apetece. Con ello no se destruye ninguna ley natural, pues si es natural que cada uno apetezca lo que apetecen los demás, es también natural ... que cada uno intente lograr la paz... Por eso los hombres no podrán alcanzar a tener derecho a nada si no se desprenden de la libertad de perjudicar a los otros. Así, el primer paso que debe darse para hacer posible la sociedad como tal es renunciar. (Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía, Barcelona, Ariel Filosofía, 2004, T. e-j, p. 1670).

(33) El bienintencionado programa no tuvo en cuenta la naturaleza humana, que tiene a poner las necesidades propias por encima del bien del grupo... Los conductores sencillamente se compraron otro coche y obtuvieron una matrícula terminada en otro número... que el de su vehículo original... De manera que, en lugar de reducir la contaminación y las congestiones de tráfico, la nueva medida en realidad aumentó el número de vehículos, la congestión y la polución. (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 284).

(34) En un famoso ejemplo, que llevó a lo que se llamó el efecto cobra, el gobierno de la India ofreció una recompensa de cientos de dólares por cada cobra muerta que se presentara ante la autoridad competente, para ayudar a librar el país de estos peligrosos y abundantes depredadores. Pero esta nueva medida en realidad aumentó, en lugar de disminuir, la población de cobras. ¡De hecho llevó a una explosión en la población de cobras! Porque muchos empezaron a criar cobras para poder presentarlas muertas y cobrar la recompensa. (Bargh, John, ¿Por qué hacemos lo que hacemos?, ... p. 285).

(35) Las personas odian las pérdidas (y sus sistemas automáticos pueden ser muy emocionales en este punto). En términos generales, es dos veces mayor la desgracia de perder algo que la alegría de ganar eso mismo. En un lenguaje más técnico, tienen aversión a la pérdida...Una vez que tengo una taza no quiero perderla. Pero sin no la tengo, no siento una necesidad urgente de comprarla. Lo que significa que las personas no asignan un valor específico a los objetos. Cuando pierden algo les duele más de lo que les agrada conseguir lo

mismo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.51).

(36) En el sistema judicial estadounidense, a los jueces federales integrados en paneles de tres jueces les influye lo que votan sus colegas. El republicano típico muestra unas pautas de voto bastante liberales cuando está con dos jueces demócratas, y el demócrata típico unas pautas de voto más conservadoras cuando está con dos republicanos. Ambos grupos muestran pautas de voto mucho más moderadas cuando están con al menos un juez nombrado por un presidente del partido opuesto. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.73).

(37) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.73

(38) La primera es que la mayoría del agente aprende de los demás. Eso suele ser bueno, claro está. Las sociedades y los individuos se desarrollan aprendiendo de los otros. Pero muchos de nuestros grandes errores de juicio también tienen su origen en los otros. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.72).

39) Cuando las influencias sociales hacen que la gente tenga creencias falsas o sesgadas, algunos nudges podrán ayudar. La segunda razón por la que este tema es importante para nuestro propósito es que una de las formas más efectivas de aplicar un nudge (para bien o para mal) es a través de la influencia social. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 72).

40) Al mismo tiempo, las influencias sociales muchas veces se utilizan estratégicamente. En concreto los anunciantes son muy conscientes de su poder. Con frecuencia subrayan que la mayoría prefiere su producto o que cada vez más consumidores abandonan otras anticuadas marcas para pasarse a la suya, que representa el futuro. Al decirle lo que hace la mayoría de la gente intentan influirle con un nudge. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.83).

(41) Aquí se puede ver por qué muchos grupos son presa de lo que se conoce como 'conservadurismo colectivo': la tendencia de los grupos a aferrarse a las pautas establecidas aun después de que surjan nuevas necesidades. Una vez que una práctica... se afianza, es muy

probable que se perpetúe, incluso si no tiene una base especial. A veces una tradición puede durar largo tiempo y contar con el apoyo, o al menos la aquiescencia, de gran número de personas, aunque inicialmente fuera producto de un pequeño nudge de un reducido número de personas o de una sola. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 77).

(42) Con el objetivo explícito de llegar a una audiencia indiferente, el estado pidió a jugadores famosos del Dallas Cowboy que participaran en una campaña de publicidad televisiva en la que recogían con las manos latas de cerveza del suelo y gruñían ¡Cuidado con Texas! En otros anuncios aparecían cantantes populares como Willie Nelson ... En sus primeros seis años, los desperdicios arrojados a la cuneta se han reducido en un 72%. Y esto se ha logrado no con órdenes, sino con un nudge creativo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 78 -79).

(43) La idea general está clara. Si los arquitectos de las decisiones quieren modificar la conducta y hacerlo con un nudge, simplemente pueden informar a la gente lo que están haciendo los demás. A veces las prácticas ajenas son sorprendentes, y por tanto conocerlas causa un profundo efecto. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón,... p. 78 -79).

(44) Por razones que ya hemos visto, muchas personas toman la opción que requiere el menor esfuerzo o el camino de la menor resistencia... Todas estas fuerzas implican que sí, para una elección determinada, hay una opción por defecto - o una opción que prevalecerá si quien decide no hace nada por cambiarla - cabe esperar que gran número de personas acaben por mantenerla, tanto si es buena para ellas como si no. Y como también hemos visto, esas tendencias conductuales hacia la inacción se verán reforzadas si la opción por defecto conlleva una sugerencia implícita o explícita de que representa la acción normal o incluso la recomendada. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p.107).

Del discernimiento y la intención al acto jurídico impulsivo. El impacto de las neurociencias en la Teoría General del Acto Jurídico. El pensamiento de Daniel Kahneman

por Fernando E. Shina.

Disponible en: www.saij.gob.ar

Cita online: Id SAIJ: DACF190182

[Consultado el: 29/03/2022]

I) Introducción.

El recorrido de las neurociencias aplicadas al derecho tiene un punto de partida indiscutido: Daniel Kahneman. En otros trabajos nos hemos ocupado de este autor que marca un antes y un después en el estudio de estos tópicos (2).

Lo que más destaca en Kahneman es su capacidad de hacer asombrosamente fácil de entender los temas más complejos. Este autor, básicamente, sostiene que nuestra capacidad intelectual reposa sobre una organización bicéfala de dos sistemas que atienden distintas actividades. Por decirlo de una manera sencilla: nuestra organización mental tiene dos autoridades; una es más racional y la otra es más impulsiva.

II) Los dos sistemas que organizan nuestra mente.

En primer lugar, existe en nuestra mente lo que Kahneman denomina el Sistema 1, que es intuitivo y subordinado a reglas más emocionales que racionales. En segundo lugar, existe un Sistema 2 que es racional y reflexivo y más apto para la toma de aquellas decisiones complejas que requieren más concentración.

El acto jurídico voluntario, como noción teórica que exige la concurrencia del discernimiento y la manifestación de una intención, es una típica operación del Sistema 2 en la teoría de Kahneman. Más aún, si un acto jurídico se llega a concretar por patrones más intuitivos que racionales lo más probable es que ese acto jurídico sea declarado nulo.

El Derecho, y también nosotros mismos, nos pensamos como sujetos más racionales que intuitivos, sobre todo a la hora de decidir cuestiones importantes, sean patrimoniales o de la vida familiar (3). Pero, mal que nos pese, el gran protagonista de nuestra vida es el Sistema 1, de impulsos automáticos y emociones poco racionales. De hecho, el Sistema 2, solo interviene cuando los excesos de la emoción y los impulsos nos llevan a cometer notorias imprudencias. Como dice Kahneman: Describo también las circunstancias en las que el Sistema 2 toma las riendas, anulando los irresponsables impulsos y asociaciones del Sistema 1 (4).

Esto nos permite afirmar que somos mucho más impulsivos y mucho menos racionales de lo que pensamos y, desgraciadamente, de lo que nuestro propio ordenamiento normativo piensa que somos (5). Como bien señala Sobrino: El Derecho ha creado para nosotros un 'realismo mágico legal' que no tiene demasiado apego a nuestra realidad (6).

La ciencia jurídica ha quedado tan a trasmano de los últimos estudios de la psicología conductual que nuestro

Código Civil y Comercial, inaugurado entrando el siglo 21 define al acto voluntario como aquél integrado por el discernimiento, la intención y la libertad, elementos que deben concurrir simultáneamente porque la ausencia de cualquiera de ellos determina que acto no sea voluntario (7). Sin embargo, rara vez, si es que alguna, actuamos con el pleno y simultáneo ejercicio de esos tres atributos. Recordemos que el discernimiento es entendido por el Derecho como, la madurez intelectual para razonar, comprender el acto y

valorar sus consecuencias... la aptitud de la persona para apreciar las consecuencias de sus acciones (8). La intención es definida por la doctrina como la conciencia exacta y la cabal comprensión del acto que se va a concretar (9). En general, los autores hablan de una idílica sincronización entre el discernimiento y la intención que se materializan al unísono en cada acto jurídico voluntario (10). A su turno, la doctrina define la libertad como una especie de elogio a la espontaneidad de las acciones que se eligen hacer o cuya realización se rechaza (11).

La jurisprudencia también marcha en esa dirección estableciendo como principio general y presunción legal el pleno discernimiento de los actos que damos (12). Ello, a pesar de que la ciencia informa que la mayoría de los actos que realizamos carecen de discernimiento y se materializan de manera impulsiva, automática, intuitiva. La racionalidad que tenemos disponible (que no abunda) solo entra a jugar cuando las situaciones se hacen más complejas y nos exigen poner en marcha nuestra concentración (13).

Esto significa, ni más ni menos, que aquello que el art. 260 del CCyC define como acto voluntario se parece más a una quimera jurídica que a una descripción relativa al quehacer humano. Este divorcio entre la realidad cotidiana y lo postulado por la ley nos indica, con bastante solvencia, que toda la teoría general del acto jurídico está equivocada en sus fundamentos porque parte de un principio general falso: los actos humanos son, básicamente, impulsivos y raramente discernidos.

De hecho, muy pocas veces utilizamos esos elementos internos de la conciencia (discernimiento, intención y libertad) sobre los cuales se organizó, no solamente la teoría general de los actos jurídicos, sino la de los contratos y también la de la responsabilidad. Como explica Kahneman, normalmente tomamos decisiones en base a intuiciones y deseos, siendo muy infrecuente que subordinemos nuestro deseo impulsivo a un proceso de discernimiento más complejo. Sin darnos cuenta, la mayoría de las veces nuestros deseos,

que nacen de un impulso, terminan confundidos con las acciones que emprendemos 'voluntariamente'. Esa mecánica, propia de las decisiones que tomamos y de las acciones que tomamos, se repite porque, como explica Kahneman, el Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2, que es bastante perezoso, sólo se pone en funcionamiento cuando advierte algo notablemente infrecuente o amenazante (14).

Dicho de otro modo: normalmente el Sistema 2 convalida las intuiciones que parten del Sistema 1. La mayoría de las acciones que suponemos voluntarias no son más que un deseo impulsivo que fue convalidado por el sistema de control más racional que poseemos y que actúa con mucha pereza. Estos mecanismos mentales, que pueden parecer inquietantes, son la verdadera explicación de las acciones y las decisiones que tomamos incesantemente. Antes de seguir adelante, nos permitimos un breve paréntesis. No es que somos inducidos a la comodidad por fuerzas exógenas, sino que aspiramos a esa comodidad cognitiva de manera natural. Es preciso, en primer lugar, entender que la búsqueda de esa forma de confort del intelecto no es una comodidad que merezca ponderación despectiva, sino que es parte de la naturaleza y humana.

Algunos intelectuales de peso, como el Premio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, le reprochan a la tecnología en general y a la internet en particular la mayor pereza intelectual del ser humano. En un artículo, publicado en el diario La Nación, el famoso escritor directamente culpa a internet de quitarnos concentración y acentuar nuestra pereza intelectual (15).

Nosotros, sin embargo, creemos que el problema no está en internet, sino en lo que Kahneman explica respecto a la tendencia natural a economizar esfuerzos. En esa racionalización de energías se basa el predominio del Sistema 1 sobre la escasa actividad del Sistema 2.

Facundo Manes explica que el uso de la tecnología para aliviar el esfuerzo intelectual no es un indicio de mala salud, sino que ese ahorro nos permite administrar mejor la energía intelectual que tenemos (16).

Hay que ver a la tecnología como una magnífica herramienta que nos permite ahorrar energía intelectual sin derrocharla en cosas que están a nuestro alcance con solo tocar la pantalla del teléfono. Tan simple como eso.

III) Las compras compulsivas y el arrepentimiento en el sistema legal argentino.

En trabajos anteriores hemos abordado la cuestión del consumo compulsivo desde otro punto de vista que ahora profundizamos a la luz de los nuevos estudios (17). Sin embargo, sería injusto soslayar que el sistema normativo actual ha diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian el serio problema que constituye el consumo impulsivo. Para ello, tanto en la ley de defensa del consumidor, como en el Código Civil y Comercial, se legisló una figura muy particular conocida con el nombre de derecho al arrepentimiento que, en los hechos, actúa como un discernimiento retroactivo.

El derecho al arrepentimiento consiste en permitir que nos retractemos de una adquisición si luego de realizarla advertimos que actuamos en forma más impulsiva que reflexiva. Estas normas permiten que los consumidores decidan, luego de efectuada la compra, si quieren confirmarla o si deciden revocarla. Así, el art. 34 de la ley 24.240 establece que cuando las compras fueron efectuadas fuera del establecimiento comercial (por medios electrónicos, por ejemplo) se concede al adquirente un plazo de 10 días para que revoque, sin expresión de causa, la contratación (18).

Como bien señala Enrique Pita, consiste en subordinar el consentimiento otorgado a una decisión posterior que todavía no

conocemos. Este autor, señala otra cuestión de importancia: el derecho a revocar es irrenunciable porque su aplicación es imperativa (19). Las normas que estamos examinando se hacen cargo de esa doble disposición mental que describe Kahneman y proporcionan una solución acertada (20).

Además, debe señalarse como una circunstancia digna de mención que la doctrina nacional, prácticamente en forma unánime, ha recibido favorablemente esta herramienta de tutela. Ello a pesar de ser una norma sumamente disruptiva del régimen tradicional de los contratos porque privilegia la equidad a la seguridad jurídica. En el derecho de revocación, articulado en la ley de defensa del consumidor y en el Código Civil y Comercial constituye, el Derecho asume -como pocas veces lo hace - la existencia de un sujeto sorprendido y con un discernimiento debilitado.

Para nosotros, esta situación lejos de ser excepcional es la más frecuente en el comercio actual (21). El factor sorpresivo y la disminución de los atributos de la voluntad son la regla general con independencia de que la compra haya sido concretada dentro o fuera del establecimiento comercial.

No es una cuestión de lugares, sino de la estructura mental de los sujetos. En la forma que tenemos de consumir juegan algunas nociones de la psicología del comportamiento, tales como la tentación y el autocontrol. Veamos. El bien que se nos ofrece activa un placer inmediato que actúa como el motor de arranque de un impulso que prevalece sobre las elucubraciones racionales sobre la conveniencia o necesidad de efectuar la compra.

Richard Thaler explica que conviven en nosotros dos sujetos. Uno es un planificador racional que interroga sobre la necesidad y conveniencia de hacer un compra y el otro es un ser impulsivo que solo busca una satisfacción transitoria pero inmediata (22). Es decir, estamos habitados por dos fuerzas que nos ocasionan tensión: el deseo y su restricción. Las decisiones de autocontrol, que tienden a

restringir un deseo, son muy difíciles de implementar: es habitual que evitemos lo razonable y sigamos al impulso. Cualquiera de nosotros puede comprobarlo recordando experiencias propias. Al momento de hacer una compra lo que menos deseamos es escuchar una razonable voz en off interrogándonos si la compra es conveniente o necesaria. Cuando estamos en el modo consumo, lo más probable es que bajemos el volumen de la razón hasta hacerlo inaudible.

El derecho de arrepentimiento es, en definitiva, una forma de intervención del Estado en las relaciones particulares; su finalidad es actuar como un mecanismo de autocontrol que refuerza la voluntad del sujeto consumidor. Es oportuno recordar que los autores Thaler y Sunstein también se refieren, en términos positivos, a la intervención del Estado cuando ella es útil para incrementar el auto control frente a consumo impulsivo (23).

Otra cuestión importante para destacar es que si bien el derecho al arrepentimiento está limitado a las compras realizadas fuera de los establecimientos comerciales (art. 1110 CCyC y 34 LDC (24)) no pude soslayarse que ese tipo de operatoria comercial está cada más extendida. Dicho de otro modo: cada vez son menos las operaciones de consumo efectuadas en las tiendas del proveedor y cada vez son más las compras 'on line'. Dentro de muy poco, aquello que hoy llamamos contratación tradicional será un formato jurídico en extinción (25).

Según encuestas de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CAE), en la primera mitad del año 2019, la facturación por comercio electrónico aumentó un 56% respecto al mismo período del año anterior. En lo que va del año 2019 se han facturado bienes y servicios por un valor aproximado de \$ 160.000 millones (26).

Asimismo, la aceptación del consumo on line no deja de sorprendernos: en la actualidad, nueve de cada diez personas hizo, al menos, una compra on line y 7 de cada diez compró on line en el último año(27). La mayoría de las personas tiene opinión favorable

respecto a las compras remotas, lo que asegura que el e-commerce seguirá avanzando sin ningún obstáculo.

Finalmente, hay otro dato que llama aun más la atención: más allá de los procesos inflacionarios, que tan frecuentemente castigan a nuestro país, la facturación diaria por compras on line aumentó más de un 20% entre el 2018 y el 2019. Ello indica que, a pesar de la fuerte recesión económica, el comercio electrónico sigue activo (28).

Todas estas estadísticas remarcan la importancia de las normas protectorias que hemos examinado. Cada vez habrá más consumos online y esa circunstancia acentúa la necesidad de que el sistema normativo ofrezca más y mejores soluciones para esta modalidad que, en poco tiempo más, va a desplazar a las compras tradicionales. IV) La verdad como un fenómeno ilusorio.

Entre los muchos tópicos que trata Kahneman en *Pensar rápido, pensar despacio*, aparece uno que nos llama la atención. Se llama las Ilusiones de verdad. (IV) Este fenómeno es descrito por Kahneman como una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud; es decir, sobre aquellas características del enunciado falso que permitan que sea percibido como verdadero. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del Sistema 2.

Las falsedades bien armadas, casi siempre pasan el examen rápido y superficial del Sistema 1 porque se presentan como enunciados que son fáciles de comprender y que resultan familiares o parecidos a experiencias anteriores. Se trata de afirmaciones que, por tener esas características, no generan una tensión cognitiva y son aceptadas sin ser sometidas a una prueba de veracidad más exhaustiva. Ese enunciado que solo en apariencia es verdadero no podría pasar el examen más riguroso del Sistema 2. Es decir, para crear una ilusión de verdad exitosa la mentira debe ser lo suficientemente creíble para no levantar sospechas en el primer nivel del sistema cognitivo. Como

explica Kahneman, el enunciado falso debe ser amigable y generar facilidad cognitiva (29).

Un método sencillo para crear IV consiste en rodear una mentira de otras mentiras que sean percibidas como notablemente más mentirosas. El truco consiste en esconder un enunciado falso entre otros que, por ser manifiestamente falsos, no podrían pasar ni siquiera el examen más superficial del Sistema 1. Los enunciados notablemente falsos (Un perro de tres patas) generan tensión cognitiva mientras que aquellos que son dudosos (Un pollo cuadrúpedo) tienen más probabilidades de no activar los controles del Sistema 2. En resumen: si se rodea a un enunciado falso de otros que son manifiestamente falsos, el menos falso tiene más chances de ser percibido como verdadero. Veamos un ejemplo.

Si se debe elegir entre dos afirmaciones, una que dice El plazo para presentar determinada prueba judicial será de cinco días y otra que dice, El plazo para presentar determinada prueba judicial será de 13 días, la mayoría de los abogados elegirá la primera opción (sin consultar si es cierta) porque el plazo de cinco días le es familiar mientras que el de 13 días es absolutamente inusual en el sistema procesal que conocemos los abogados. Ello determina que, aun siendo falsas las dos alternativas, mayoritariamente se elija como verdadera a la primera que nos es más familiar, más amigable y más homogénea con nuestra experiencia procesal. Las informaciones que aparentan familiaridad pasan desapercibidas y no exigen el control más riguroso de nuestro aparato cognitivo.

Kahneman nos ofrece un ejemplo mucho más descriptivo que involucra a un supermercado que vende pollos de cuatro patas, que son verdaderos, y pollos de tres patas que son falsos. Por más que todos sepamos que el pollo tiene dos patas, es más creíble el pollo cuadrúpedo que el motorizado por tres patas. Ello se debe a que conocemos cientos de especies animales que caminan a cuatro patas, pero sabemos, hasta intuitivamente, que ninguna especie camina en tres patas. Así, el pollo trípodo genera incomodidad cognitiva y pone

en alerta los mecanismos de control dispuestos por el Sistema 2 mientras que un pollo de cuatro patas, debido a su familiaridad con las especies cuadrúpedas, tiene más chances de pasar desapercibido (30).

La ilusión de verdad, entonces, describe cómo funcionan algunos de los mecanismos mentales que utilizamos para asignar valor de verdad o falsedad a distintas afirmaciones. La cuestión asume mayor importancia cuando debemos decidir rápidamente si la calidad de un producto anunciada en la publicidad es verdadera (al menos parcialmente) o si es deliberadamente falsa. La compra de un producto en gran medida depende de la eficacia de la IV expuesta en las publicidades que lo promociona. Ese es el motivo por el cual los grandes proveedores gastan fortunas en publicidades; todos saben que, sin la creación de una ilusión de verdad convincente, el producto no puede prevalecer en un mercado que es salvaje, no solamente para los consumidores sino para los proveedores que compiten entre sí.

La ilusión de verdad que describe Kahneman pone en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad. Hay técnicas específicas para lograr que un mensaje confuso, o directamente falso, sea recibido como si fuera verdadero. Una buena forma de crear una ilusión de verdad es enviar un mensaje sencillo de entender, fácil de recordar, escrito con letras claras y revestido con colores convocantes (31).

En un experimento, especialmente diseñado para comprobar cómo funcionan a gran escala estos fenómenos de la ilusión, se mostraban dos fechas que consignaban el año en el que murió Hitler. Las dos fechas anotadas eran falsas; sin embargo, una estaba escrita con letra más clara que la otra. Esta circunstancia resultó ser determinante para que la mayoría de las personas dijeran que la fecha escrita en forma más entendible era la verdadera. La claridad del texto y las letras utilizadas habían generado esa 'ilusión de verdad'.

Otra de las claves para generar IV consiste en que el mensaje sea fácil de recordar utilizando palabras pegadizas o frases que rimen. Eso explica el éxito y la larga duración de los aforismos. Decir al que madruga Dios lo ayuda, tiene un valor de verdad que supera cualquier otro intento de convencer a una persona para que se levante más temprano. En definitiva: los mensajes creíbles deben ser sencillos para que se comprendan sin requerir la intervención del Sistema 2 (32).

V) Un caso real de ilusión de verdad: la Coca-Cola de las 149 calorías.

Ahora veamos cómo puede usarse este efecto para manipular nuestro discernimiento en las relaciones de consumo. Para ello tomemos un ejemplo famoso, ocurrido en México en el año 2013, que tiene como protagonista a Coca-Cola.

En el transcurso de una campaña publicitaria, el gigante de las gaseosas presentaba un envase que promocionaba con la leyenda 149 calorías. Luego, el aviso ofrecía detalles de lo fácil que resultaba eliminar del cuerpo esas calorías con pocos ejercicios diarios, como andar en bicicleta o bailar con los amigos unos minutos. La campaña, como ocurre con todos los productos de la marca Coca-Cola se hizo rápidamente muy popular.

Durante la campaña, dos agencias federales de protección a los consumidores, (33) a instancia de una ONG, iniciaron un procedimiento administrativo que determinó que las 149 calorías que prometía el aviso publicitario se correspondían a un envase de 355 ml y no a la tradicional botella plástica de 600 ml. El envase más chico (el de la publicidad) era prácticamente desconocido por los consumidores mexicanos que, en su gran mayoría, consumen la gaseosa en su versión de 600 ml. Este último contenía 252 calorías.

El lector fácilmente puede advertir que la ilusión de verdad consistió en hacer pasar por verdadero que al tomar 600 ml. de gaseosa se ingresaban al organismo 149 calorías. Ese número clave era

lo único que recordaban los consumidores que habían visto la propaganda miles de veces. La repetición del aviso era suficiente para evitar que el consumidor medio coteje la cantidad de líquido correspondiente a las 149 calorías prometidas (34). Es que, cotejar la cantidad de líquido ingerido con las calorías que ingresan al organismo supone una tensión cognitiva que no puede resolverse intuitivamente, sino que requiere la intervención más racional del Sistema 2.

El sistema cognitivo, luego de escuchar tantas veces la frase 149 calorías, se habitúa a ese dato y ya no se toma la molestia de chequear si la botella de Coca-Cola que toma diariamente es igual o más chica o más grande que la del anuncio publicitario. Los consumidores, acostumbrados al eslogan de las 149 calorías, universalizaron ese dato para aplicarlo a todos los envases de Coca-Cola.

Como explica Kahneman, una de las trampas más habituales para conseguir una ilusión de verdad consiste en familiarizar un dato para que sea aceptada como una verdad. Una vez que los consumidores se habitúan a escuchar '149 calorías' le asignan a ese dato un valor universal aplicable a todos los envases de la gaseosa (35).

No hace falta decir que la compañía sabía, casi con rigor matemático, que por cada cliente que advertiría la pequeña trampa cognitiva otros miles la pasarían por alto solamente para seguir pensando que es posible tomar mucha Coca-Cola ingresando pocas calorías al organismo. Se combinan en forma peligrosamente exitosa dos limitaciones humanas: la ilusión de verdad y el optimismo exagerado, y de esa mezcla se forma buena parte de la renta de las corporaciones más grandes del planeta. Los proveedores ofrecen lo que los consumidores quieren, sin considerar si eso que se pretende es verdadero, falso, posible o imposible.

El engaño se nutre con la voluntad de ser engañado o, para ser más condescendientes con el consumidor, con su dificultad para

resistirlo. Es muy difícil luchar contra la tentación de una gaseosa que, además de ser adictivamente rica, es saludable. La clave es hacer creíble aquello que jamás podría ser creído; pero, esa operación requiere de la indispensable ayuda de la propia víctima. Para lograr ese efecto, no hay nada mejor que enviar un mensaje optimista como el que supone la posibilidad de comer mucho sin engordar. Las publicidades activan todo nuestro optimismo porque sus creativos saben que las reacciones alegres actúan como un relajante que nos hace más permeables a los engaños publicitarios (36).

Las grandes compañías estudian psicología conductual y neurociencias aplicadas. Es por eso, entre otras muchas razones, que pensamos que es necesario que estos nuevos conocimientos sean incluidos en nuestras escuelas de derecho.

VI) La ilusión de Verdad como forma dolosa. Su aplicación en nuestro ordenamiento normativo.

Los proveedores que comercializan masivamente bienes y/o servicios envían, en forma permanente, mensajes publicitarios que contienen ilusiones de verdad. El uso de estos mecanismos tan disimulados como ilegales está fuertemente impulsado por las nuevas tecnologías de la comunicación. La publicidad, no solamente induce a comprar un bien determinado desechando otro similar, sino que actúa creando la necesidad de consumir aquello que nos resulta innecesario. Lorenzetti, entre nuestros autores de prestigio, habla de una demanda creada por la publicidad y un consumo cautivo por la falta de opciones. En eso consiste, básicamente, el consumo por oferta de servicios que desplazó casi por completo al consumo por demanda (37).

Las publicidades engañosas o deliberadamente falsas repotencian la idea de dolo porque ocupan el lugar de la información.

Aída Kemelmajer, en otro de sus muy interesantes artículos, alude a la publicidad como la industria de la persuasión que funciona

bajo el régimen de proporciones invertidas; así, cuanto menor sea la información disponible para los usuarios y consumidores, mayor será el poder persuasivo que sobre ellos ejerza la publicidad.

Esta afirmación contiene una conclusión que desgraciadamente es tan probable como pesimista. Veamos. Si la publicidad es imprescindible para el tráfico y, a su vez, la publicidad persuade mejor a personas peor informadas, no es difícil concluir que el tráfico de bienes y servicios prospera con la escasez de la información y la persuasión de las campañas publicitarias. Esto equivale a decir que una dosis de actividad dolosa tendiente a disimular lo verdadero, retaceando información, es esencial al comercio actual (38). En un sentido, que sabemos que es un poco simbólico pero que sospechamos que es bastante real, el comercio a gran escala involucra un sistema doloso que circula por dos vías; a saber: en el primer nivel, se esconde la información real y en el segundo, se persuade con falsedades publicitarias.

Lorenzetti explica cómo funciona esta frontera sensible que separa ilegalidad dolosa de la actividad empresarial lícita. Este autor explica que la información es un bien intangible, un valor que como tal es susceptible de apropiación, de protección legal y también de explotación comercial. Es decir: es lícito ser el propietario de información y es legal exigir protección legal para ese bien tan costoso(39). Conviene aclarar que Lorenzetti se refiere a relaciones de lealtad comercial entre empresas rivales del mercado y no a las relaciones que ellas establecen con los usuarios y consumidores. En este último caso, el autor señala que la información no puede retacearse (40).

Sin embargo, ese borde imaginario que separa relaciones de consumo de relaciones empresariales es demasiado impreciso. Piense el lector que aquello que se permite ocultar a la empresa competidora puede ser información neutra para el consumidor, pero también puede ocurrir que sea esencial para la clientela de ambos. Es que, en definitiva, las relaciones entre las empresas siempre terminan

afectando a su clientela porque el objeto de toda acción comercial tiene un punto de convergencia excluyente: el sujeto que consume los bienes y servicios que le ofrecen los proveedores.

La existencia de esta línea tan incierta, entre el derecho a retener la información y la disimulación de lo verdadero que define al dolo (art. 271 CCyC), propicia la intervención del Estado como regulador de las relaciones de consumo. Como bien señala Aida Kemelmajer, sin esa intervención corremos serio peligro de que las publicidades determinen con su influencia los aspectos más íntimos de nuestra vida (41).

Para ir terminando este desarrollo, cabe agregar que el dolo de nuestros días se encuentra en un nivel primario que se relaciona con el volumen de información que el consumidor dispone antes de la celebración del contrato. Es por eso que pensamos que el efecto de crear ilusiones de verdad constituye un vicio que afecta la validez de los actos jurídicos. A estas alturas, nos parece evidente que no puede denominarse voluntario un acto jurídico que fue determinado por un oasis de verdad desbordado de ilusiones.

Una vez acreditado que la operación de consumo se concretó utilizando una IV, pensamos que deben aplicarse, prácticamente en forma automática, las indemnizaciones extraordinarias previstas en el actual art. 52 bis de la LDC. No es dudoso pensar que quien utiliza estas herramientas sabe que está engañando y que lo hace con la finalidad de obtener un mayor rédito.

VII) Nuestro aporte para posibles reformas legislativas.

Siguiendo los lineamientos del Código Civil y Comercial sería posible y necesario que una eventual reforma de la ley de defensa del consumidor incluyera a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.

Es que, volviendo a coincidir con Tobías, creemos que la noción de dolo como vicio de la voluntad debe resignificarse a la luz de las nuevas técnicas del marketing (42).

Las normas que pensamos que deben ser incluidas en futuras reformas deberían tener los siguientes contenidos:

a) Definición: La ilusión de verdad es un mecanismo por el cual se induce a creer que es cierto algo que es falso. La IV es una acción dolosa que consiste en la aserción de lo falso o la disimulación de lo verdadero.

b) Remisión: Se aplicará supletoriamente lo dispuesto en los arts. 271 a 275 del CCyC (43).

c) Prueba. Sin perjuicio de la obligación de colaboración impuesta a los proveedores de bienes y servicios en el art. 53, párrafo tercero, de la LDC, y de las facultades judiciales previstas en el art. 1735 del CCyC, quien invoque el vicio de IV deberá ofrecer y producir la prueba conducente para acreditar la existencia del vicio (44).

d) Daños punitivos. Acreditada la existencia de una IV corresponde la aplicación de las indemnizaciones previstas en el art. 52 bis. Ello, sin perjuicio de la aplicación de las restantes indemnizaciones que correspondiera aplicarse (45).

e) Factor subjetivo de atribución. Se aplicará lo dispuesto en el art. 1724 CCyC (46).

VIII) Terminaciones.

a.- Según Daniel Kahneman, nuestra estructura mental se organiza por medio de dos sistemas que conviven. El Sistema 1, es intuitivo y está condicionado por reglas más emocionales que

racionales. El Sistema 2 que es racional y reflexivo y se utiliza para tomar decisiones complejas.

b.- La mayoría de las decisiones que tomamos están impulsadas por el Sistema 1, que es puramente emocional, sin intervención del aparato más racional de nuestra mente. Sin embargo, el acto jurídico voluntario, que requiere discernimiento e intención del sujeto, implica una intervención del Sistema 2 en la teoría de Kahneman.

c.- Si un acto jurídico se concreta por reacciones más emocionales que racionales lo más probable que ese acto jurídico tenga vicios de nulidad insalvables.

d.- Sin perjuicio de lo dicho, el Derecho está pensado en función de un sujeto que es más racional que intuitivo.

Eso genera una tensión entre el funcionamiento real de las personas y el sistema normativo.

e.- El acto voluntario que define el art. 260 del CCyC se parece más a una quimera jurídica que a una descripción inherente al quehacer humano. Este divorcio entre el sujeto real y el postulado por la ley tiene graves implicancias. Implica, en primer término, que buena parte de la Teoría General del Acto Jurídico está equivocada porque parte de un principio general falso: los actos humanos tienen menos discernimiento que impulsos.

f.- La mayoría de las operaciones de consumo se concretan por un deseo impulsivo antes que por un discernimiento intencionado. Eso justifica que el sistema normativo haya diseñado herramientas jurídicas de protección que alivian las consecuencias negativas del consumo impulsivo. La ley de defensa del consumidor (art. 34, LDC) y el Código Civil y Comercial (arts. 1110 a 1116, CCyC) han previsto una herramienta jurídica protectoria, comúnmente denominada derecho al arrepentimiento, que permite revocar los

actos luego de celebrados. Este arrepentimiento funciona como un discernimiento retroactivo que permite hacer primero la compra y luego discernir acerca de su conveniencia.

g.- La ilusión de verdad es una técnica para lograr que enunciados falsos sean aceptados como si fueran verdaderos. Para ello, se trabaja sobre la apariencia de verosimilitud. La clave está en disfrazar la formulación falsa con características verosímiles para evadir los controles racionales del Sistema 2. Las ilusiones de verdad ponen en evidencia que la información que recibimos de los proveedores puede ser suministrada en forma tal que genere un oasis distorsivo de la realidad.

h.- Las publicidades engañosas o falsas repotencian la idea de dolo en tanto, deliberadamente, disimulan lo verdadero y afirman una falsedad.

i.- Siguiendo los lineamientos genéricos contenidos en el Código Civil y Comercial, nos parece que sería posible y necesario que una futura reforma de la ley de defensa del consumidor incluya a la 'ilusión de verdad' en el Capítulo referido a la responsabilidad de los proveedores.

Referencias Bibliográficas:

- (1) Fernando Shina: Doctor en Ciencias Jurídica, UCA, 2019.
- (2) Shina, Fernando, Una nueva teoría general de los contratos, Publicado en: SAIJ, 5 de abril de 2019, Citar: Id SAIJ: DACF 190067.
- (3) Cuando pensamos en nosotros mismos, nos identificamos con el Sistema 2, con el yo consciente, racional, que tiene creencias, hace elecciones y decide qué pensar y qué hacer. Aunque el Sistema 2 crea estar donde está la acción, el protagonista de este libro es el Sistema 1. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35).
- (4) Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 35.

(5) De hecho, el art. 260 del CCyC es un exagerado elogio a la capacidad de discernir de los seres humanos.

(6) Teniendo a la vista lo que venimos exponiendo, es fundamental resaltar que la enorme mayoría de las decisiones económicas de las personas corrientes se toman con el "Sistema 1", como bien lo estudió Daniel Kahneman, es decir, se adoptan decisiones económicas en forma rápida, automática, veloz, intuitiva y emocional. (Sobrino, Waldo, ¿Contratos de consumo o vínculos de consumo?, Publicado en: La Ley 16/07/2019, Cita Online: AR/DOC/1743/2019).

(7) Las tres condiciones internas que configuran el acto voluntario están mencionadas en el artículo unidas por la conjunción 'y'; ello significa que todas deben concurrir para que -junto con la manifestación - se configure el acto voluntario. La ausencia de cualquiera de ellas acarrea la involuntariedad del acto. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T II, p. 176).

(8) Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 177.

(9) Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 177.

(10) Puede decirse, en definitiva, que hay intención cuando el comportamiento de la persona se corresponde con el preciso propósito que tuvo y, desde ese aspecto, no hay inconveniente en aceptar que discernimiento e intención no son escindibles como si fueran compartimientos estancos: el discernimiento se concreta con el propósito de realizar el acto. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 178).

(11) Comporta la posibilidad de celebrar un acto sin coacciones externas, es decir, el poder elegir espontáneamente entre varias determinaciones. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T I, p. 178).

(12) 1) El solo hecho de que la vendedora por boleto haya tenido 75 años de edad al momento de suscribir el mismo -o incluso que a esa fecha estuviera viviendo en un geriátrico- no puede llevar a concluir sobre su discernimiento a la hora de realizar un negocio

inmobiliario. En efecto, la sola consideración de la avanzada edad de una persona no puede llevar al juzgador a inferir sin más una merma en sus aptitudes intelectuales, o en su capacidad para desenvolverse en el ámbito negocial, o más concretamente, su falta de discernimiento para realizar un acto jurídico de disposición patrimonial. (Lacovelli, Luisa y otro vs. Sucesores de Marisa E. Sagraria s. Escrituración /// CCC Sala II, Mar del Plata, Buenos Aires; 22/03/2019; Rubinzal Online; 149430; RC J 2112/19). 2) El consentimiento, para tener efectos jurídicos debe expresarse con discernimiento, intención y libertad y se presumirá válido cuando no estuviese viciado por error, dolo o violencia. Si concurre alguno de esos vicios, el acto es anulable porque supone la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros, la intención, mientras que, en el último, la libertad (Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil", Ed. L.L., 2008, Bs. As., Parte General, T. II, págs. 297/8). (Sistema Integrado de Extensión Médica Preventiva Siempre S.A. vs. YPF S.A. s. Ordinario - Siempre S.A. s. Concurso preventivo - Incidente de revisión por la concursada al crédito de YPF S.A. /// CNCom. Sala E; 29/08/2012; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 9651/12). (3) ... pues los actos humanos se presumen ("juris tantum") efectuados con intención; de manera que para que tal actuación dolosa fuera suficiente para justificar la nulidad del acto, el actor debió acreditar que reunía los recaudos exigidos por el Cciv: 932; mas, nada de esto ha sido acreditado por el accionante, por lo que cabe confirmar la sentencia de primera instancia. (Del voto en disidencia del Dr. Vasallo).(Pereyra, Sergio Daniel vs. Provincia Seguros S.A. s. Ordinario /// CNCom Sala D; 03/08/2009; Prosecretaría de Jurisprudencia de la CNCom.; RC J 24950/09). 4) En principio el acto lícito debe considerarse válido, por ello dependerá de la prueba, si es anulable. (art. 921, Código Civil). Hasta aquí la enunciación de los vicios de la voluntad mientras que los vicios de los negocios jurídicos son la simulación, el fraude y la lesión. Mientras los primeros producen la anulabilidad de probarse su existencia, el fraude causa la inoponibilidad y la lesión, el reajuste o la nulidad. (R., J. C. vs. C. V., M. J. s. Nulidad /// CNCiv. Sala J; 07/06/2016; Rubinzal Online; 49065/2014; RC J 3677/16).

(13) El Sistema 2 es movilizado para que el esfuerzo aumente cuando detecta que estamos a punto de cometer un error. Recuerde el lector aquella vez en que estuvo a punto de soltar una frase ofensiva y lo difícil que le resultó recuperar el control. En suma, la mayoría de las cosas que pensamos y hacemos (Sistema 2) se originan en el Sistema 1, pero el Sistema 2 toma las riendas cuando esas cosas se ponen difíciles, y es él normalmente el que tiene la última palabra. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 40).

(14) El Sistema 1 actúa automáticamente y el Sistema 2 se halla normalmente en un confortable modo de mínimo esfuerzo en el que solo una fracción de su capacidad está ocupada. El Sistema 1 hace continuamente sugerencias al Sistema 2: impresiones, intuiciones, intenciones y sensaciones. Si cuentan con la aprobación del Sistema 2, las impresiones e intuiciones se tornan creencias y los impulsos, acciones voluntarias. Si todo se desarrolla sin complicaciones, como ocurre la mayor parte del tiempo, el Sistema 2 acepta las sugerencias del Sistema 1 con escasa o ninguna modificación. Generalmente damos crédito a nuestras impresiones y cumplimos nuestros deseos, y eso está bien... por lo común. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 39).

(15) Un buen día descubrió que había dejado de ser un buen lector y, casi casi, un lector. Su concentración se disipaba luego de una o dos páginas de un libro y, sobre todo, si aquello que leía era complejo y demandaba mucha atención y reflexión, surgía en su mente algo así como un recóndito rechazo a continuar con aquel empeño intelectual. Así lo cuenta: "Pierdo el sosiego y el hilo, empiezo a pensar qué otra cosa hacer. Me siento como si estuviese siempre arrastrando mi cerebro descentrado de vuelta al texto. La lectura profunda que solía venir naturalmente se ha convertido en un esfuerzo". Preocupado, tomó una decisión radical. A finales de 2007, él y su esposa abandonaron sus ultramodernas instalaciones de Boston y se fueron a vivir a una cabaña de las montañas de Colorado, donde no había telefonía móvil e Internet llegaba tarde, mal y nunca. Allí, a lo largo de dos años, escribió el polémico libro que lo ha hecho famoso. Se titula en inglés *The Shallows: What the Internet is Doing to Our Brains* y, en español: *Superficiales: ¿Qué está haciendo Internet con nuestras*

mentes? (Taurus, 2011). Lo acabo de leer, de un tirón, y he quedado fascinado, asustado y entristecido. (Mario Vargas Llosa, La Nación, 6-08-2011, <https://www.lanacion.com.ar/opinion/mas-informacion-menos-conocimiento-nid1395507>, Captura: 19-10-2019).

(16) En otras circunstancias ya se dio de igual modo la preocupación por las novedades tecnológicas ligadas a la información y el impacto en nuestra mente. Sin embargo, el ser humano aún goza de buena salud. Estos procesos críticos nos permiten, más bien, dar cuenta de un aspecto fundamental de nuestra conformación biológica: la naturaleza limitada de la propia memoria. Como todo bien limitado, actuamos en consecuencia protegiéndolo y utilizándolo con un sentido de la oportunidad. Si aprendemos que la capacidad para acceder a un dato está tan solo a una búsqueda en Google de distancia, decidimos entonces no destinar nuestros recursos cognitivos a recordar la información, sino a cómo acceder a la misma. A diferencia de lo que plantea Vargas Llosa en su artículo... buscar instintivamente la información en Google es un impulso sano. (Manes Facundo - Niro, Mateo, Usar el cerebro, Buenos Aires, Planeta, 2019, p. 150).

(17) Entre nuestros hábitos de consumo aparece, cada vez con más frecuencia el de comprar aquello que no necesitamos en el momento en el que no queríamos comprar nada. En efecto, a menudo se repiten situaciones en las cuales somos sorprendidos por vendedores u ofertas de ventas en lugares donde esas operaciones no debían concretarse... Esta técnica comercial tan repetida, que consisten sorprender al consumidor cuando no está dispuesto a realizar ninguna compra, es regulada por la ley de defensa del consumidor en los arts. 32 a 35. (Shina, Fernando, Sistema legal..., p. 133).

(18) Art. 34 LDC. Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea

presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

(19) Según ya fuera señalado, lo específico de las modalidades descritas en los artículos 32 y 33 de la LDC y 1104 y 1105 del CCyC, en orden a sus efectos jurídicos, es conferirle al consumidor la posibilidad de revisar su decisión, de poner el consentimiento en ralenti y dejar así sin efecto un contrato que, a la postre, visualiza como perjudicial a sus intereses. A esos fines se regula, en los artículos 34 y 1110 del CCyC, el instituto del arrepentimiento con la finalidad de reintegrarle al consumidor la posibilidad de ponderar la conveniencia -con nuevos elementos de juicio- de una contratación que la técnica empleada para concretarla le ha arrebatado y así evitar que un consentimiento contractual que ha sido prestado en una situación forzosa despliegue los mismos efectos que un consentimiento manifestado en un proceso negocial ordinario. El derecho al arrepentimiento está previsto, con carácter imperativo e irrenunciable, para los supuestos enunciados en la ley... (Pita, Enrique Máximo, Contratos a distancia y celebrados fuera de los establecimientos comerciales, Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho de Daños, Consumidores Tomo: 2016 1, Cita: RC D 1168/2017).

(20) Art. 1110 CCyC. Revocación. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce. Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

(21) De su redacción se infiere que esta revocación, también conocido como derecho de arrepentimiento, tiene la finalidad de rescindir aquellas operaciones de consumo -compraventa o prestación de servicios - en las cuales el consumidor haya sido sorprendido por el

proveedor o no haya tenido el tiempo necesario para reflexionar sobre la necesidad de contratación, en virtud del entorno, la publicidad o el marketing llevado a cabo. (Alterini, J - Alterini I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T V, p. 955).

(22) Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 59).

(23) En algunas situaciones, la gente incluso puede desear que el Gobierno le ayude a afrontar sus problemas de autocontrol. En los casos extremos los gobiernos pueden prohibir determinadas actividades (como el uso de heroína, la prostitución o conducir borracho) ... En otros casos, los individuos prefieren que el Gobierno no intervenga tanto. Por ejemplo, a los fumadores les pueden beneficiar los impuestos sobre el tabaco con el objeto de reducir el consumo sin prohibirlo. (Thaler, Richard - Sunstein, Cass, Un pequeño empujón, ... p. 64).

(24) El art. 34 de la LDC, se refiere a las ventas domiciliarias o por correspondencia. Empero, ambos textos legales aluden a las operaciones comerciales realizadas fuera de un establecimiento comercial tradicional.

(25) El derecho de revocación o arrepentimiento constituye un derecho relevante dentro del ámbito de aplicación de la contratación fuera del establecimiento comercial del proveedor. Sin embargo, a poco que indagemos, veremos que su espacio o campo de aplicación es mucho más amplio, puesto que 'desarrollo de los medios de comunicación masivo y la tecnología provocaron el surgimiento de la contratación sin intervención interpersonal... (Alterini, J - Alterini I, en Alterini, Jorge H., (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, La Ley, 2016, T V, p. 956).

(26) La Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE) anuncia los resultados del Comercio Electrónico en el primer semestre 2019 en el marco de la 13va edición del e-Commerce Day Buenos Aires. En los primeros 6 meses del año, el e-Commerce en la Argentina facturó \$ 152.619 millones de pesos, lo que representa un incremento del 56% con respecto al mismo período 2018. (Ver,

[https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-an o](https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-an-o), Fecha de captura: 12-10-2019).

(27) Según el informe, 9 de cada 10 personas ya compraron alguna vez online, y 7 de cada 10 lo hizo en el último año. Esto refleja que nos encontramos ante una industria cada vez más madura y confiable, siendo que cada vez más argentinos eligen el canal online y expresan que sus experiencias de compra online son altamente satisfactorias. (Ver, [https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-an o](https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-an-o), Fecha de captura: 12-10-2019).

(28) En los primeros 6 meses del 2019 se facturaron más de 843 millones de pesos por día y la cantidad de órdenes de compra realizadas aumentaron un 21% en comparación al año anterior. Esto nos demuestra que los consumidores recurren con mayor frecuencia y adoptan esta modalidad como un hábito cada vez más cotidiano, declarando una experiencia de compra satisfactoria en todo el proceso. (Ver, [https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-an o](https://www.cace.org.ar/noticias-crece-el-ecommerce-en-el-primer-semestre-del-an-o), Fecha de captura: 12-10-2019).

(29) Uno de estos indicadores es la facilidad cognitiva, y su rango se encuentra entre 'facilidad' y 'tensión'. La facilidad es un signo de que las cosas van bien; no hay riesgos, no hay novedades importantes, no hace falta reconducir la atención o emplear esfuerzo. La tensión indica que existe un problema que requerirá mayor movilización del Sistema 2. Sucede entonces lo contrario: experimentamos tensión cognitiva. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 84).

(30) Hemos de observar, sin embargo, que la frase 'Un pollo tiene tres patas' es más obviamente falsa que 'Un pollo tiene cuatro patas'. Nuestra maquinaria asociativa ralentiza el juicio sobre la última frase anunciando el hecho de que muchos animales tienen cuatro patas, y quizá también el de que en los supermercados a menudo se venden patas de pollo en bandejas de cuatro. El Sistema 2 ha dejado pasar esta información... ((Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 87).

(31) Otro consejo: si su mensaje va a imprimirse, utilice papela de buena calidad para maximizar el contraste entre los caracteres y el

fondo. Si usa colores, es más probable que le crean si su texto aparece impreso en azul celeste o en rojo que en todos medios de verde, amarillo o azul pálido... Además de hacer que su mensaje resulte sencillo, procure que sea un mensaje que pueda recordar. Ponga sus ideas en verso, si puede; será más probable que se consideren verdaderas... Finalmente, si cita una fuente, elija una con un nombre que sea fácil de pronunciar. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 89-90).

(32) Recuerde que el Sistema 2 es perezoso, y el esfuerzo mental causa aversión. Los receptores de mensajes preferirán estar... lejos de todo lo que les sugiera esfuerzo, incluida una fuente de nombre complicado. (Kahneman, Daniel, Pensar rápido..., p. 90).

(33) Comisión Federal para la Protección contra los Riesgos Sanitarios (COFREPIS) y Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO).

(34) Seguramente te ha tocado ver la campaña "149 calorías" de Coca Cola, y es que es imposible no verla pues invade espectaculares, televisión, radio, internet, revistas y periódicos, ¡está en todos lados! Pues bien, la Procuraduría Federal del Consumidor y la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios han ordenado que se retire esta campaña por considerarla "engañosa y constituir un riesgo a la salud", además, la compañía será acreedora a una multa millonaria. ¿Cuál es el problema con la campaña? Ambas instituciones coincidieron en que esta campaña tiene varios elementos engañosos, ya que asocian el consumo del producto con la felicidad, sin mencionar que son de alto riesgo para la salud y en buena parte responsables de la gran epidemia de obesidad, sobrepeso y diabetes no solo en México sino en todo el mundo. Coca Cola y su campaña "149 calorías" quieren hacer creer a la gente que beber este refresco no es tan dañino y no aporta una cantidad significativa de calorías a quien la consume. En letras pequeñísimas, la compañía advierte que 149 calorías se aplican para un refresco de 355 ml, nunca te dicen que si tomas un refresco de 600 ml consumes 252 calorías, lo cual se considera publicidad engañosa. (Ver, <http://eldiariodelanena.com/prohiben-en-mexico-la-campana-149-calorias-de-coca-cola/>, Fecha de captura: 13-10-2019).

(35) Una manera segura de hacer que la gente crea falsedades es la repetición frecuente, porque la familiaridad no es fácilmente distinguible de la verdad. Las instituciones y los marketers autoritarios siempre han tenido conocimiento de este hecho. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 88).

(36) El buen humor relaja el control del Sistema 2 sobre la acción: estando de buen humor, nos volvemos más intuitivos y más creativos, pero también menos cautelosos y más propensos a los errores lógicos. El buen humor es una señal de que las cosas van bien en general, de que el entorno es seguro, de que todo está en orden y podemos bajar la guardia. (Kahneman, Daniel, *Pensar rápido...*, p. 97).

(37) La demanda es creada por la publicidad, el marketing...la creación de situaciones jurídicas de cautividad. El consumidor, en muchos casos, no compra porque necesita, ni es la necesidad la que crea la oferta; es a la inversa, la oferta crea necesidad, porque se desea un estatus particular al que va asociado el producto, porque se ganó un sorteo, porque se está en una situación cautiva que obliga a comprar; se pagan precios porque no hay otras opciones, se adquieren accesorios porque están adheridos inevitablemente al bien que se desea. (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos, Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2018, p. 840).

(38) Se ha dicho, quizás con alguna exageración, pero con gran realismo, que "el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas se vulnera sistemáticamente mediante las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas a la persuasión, como mecanismos motivantes e incentivadores del consumo, incluso más allá de la satisfacción de necesidades. La publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión"]. Aún más, se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información; el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, restringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar. (Kemelmajer de Carlucci, Aída,

Publicidad y Consumidores, Rubinzal - Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 1994 5 Consumidores, Cita: RC D 977/2012).

(39) Las investigaciones que haga una empresa sobre un aspecto determinado son información privada. La información es un bien apreciado, tiene valor económico, y consecuentemente tiene protección jurídica. Este distingo hace posible que exista un derecho a retener la información privada y no un deber de revelarla. Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p. 389.

(40) Las posiciones sobre la extensión del deber de informar deben precisar si se refieren a las relaciones de consumo, porque en este caso se justifica una ampliación al variar la carga de autoinformación por aplicación del principio protectorio... En los contratos de consumo se justifican estas ampliaciones, pero no en los contratos de empresa, ya que las circunstancias forman parte del paquete informativo que cada parte debe proveerse y si el hecho es imprevisible podrá solicitar la revisión del contrato por excesiva onerosidad. (Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, ... p. 391 y 392).

(41) El Estado no puede permanecer ajeno a una problemática tan compleja. Dice Packard que "si el negocio de la publicidad se deja sin control, lo más probable será que acabe por dominar nuestras vidas". El constante desarrollo de nuevos métodos de venta, como pedidos por teléfono, teleshopping, etcétera, aumenta la necesidad de una adecuada vigilancia. No se trata de intervenir en todo, pero sí de tomar medidas contra aquello que viola el orden público económico; no puede desconocerse, sin embargo, que es el propio Estado el que incumple su deber "cerrando los ojos" ante cientos de campañas publicitarias que contradicen la legislación vigente. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Publicidad y Consumidores, Rubinzal - Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 1994 5 Consumidores, Cita: RC D 977/2012).

(42) Es posible afirmar, por lo tanto, contrariamente a lo que ha afirmado, que la aparición de las modernas técnicas negociales (contratos por adhesión, contratación masiva, etc.) como de comunicación (especialmente las modernas técnicas publicitarias),

acentúan la necesidad de una reelaboración de las tradicionales técnicas de protección de la voluntad, de modo que, sin afectar la seguridad jurídica y estabilidad de los negocios, ellas posibiliten una mayor justicia contractual. (Tobías, José W., Alterini, Jorge (Dir. Gral.), Código Civil y Comercial Comentado..., T II, p. 287).

(43) Como ya hemos dicho, la creación de IV es una de las formulaciones que asumen las conductas dolosas y, como tales deben seguir lo dispuesto en la ley general que trata sobre el dolo como vicio de los actos jurídicos.

(44) Tratándose de una acción dolosa, no encontramos obstáculos legales para aplicar el criterio general que surge del art. 1734 del CCyC.

(45) Naturalmente, la creación de IV es contrario a la ley y, además, su uso es doloso, razón que justifica que una vez acreditada su existencia se aplique la indemnización extraordinaria prevista en el art. 52 bis de la LDC.

(46) En el caso de la creación de ilusiones de verdad, la conducta deliberada del agente es relevante para atribuir responsabilidad. No se concibe la existencia de una IV sin la participación deliberada del agente. Por lo tanto, el factor subjetivo del agente es determinante del daño y eso justifica que la responsabilidad siga un factor subjetivo de atribución. Ello, sin perjuicio del deber de colaboración que pesa sobre los proveedores en el marco de las relaciones de consumo.