

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 3

**LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994
Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CIVIL**



PUBLICACIONES
DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, Nº 1 (1915) - Segunda época, Nº 1 a 33.

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Todos los derechos reservados

© Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. y Fax: 812-9327 y 815-6976

(1014) Buenos Aires - Argentina

17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBRÓSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY

Vicepresidente

Académico DR. ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ

Secretarios

Académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Académico DR. ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

Tesorero

Académico DR. LINO ENRIQUE PALACIO

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Vocales

Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Académico DR. JORGE M. MAYER

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	18 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	18 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990
Dr. Guillermo A. Borda	Lisandro Segovia	10 diciembre 1992
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha de incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussovarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalfa	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagiés	Rosario	10 agosto 1989
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Mendoza	12 octubre 1989
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Mauro Cappelletti	Italia	27 mayo 1993
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Jorge Peirano Facio	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Sagunto Pérez Fontana	Uruguay	27 octubre 1994
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan M. Garro
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan A. González Calderón
Dra. Margarita Argúas	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Aquiles H. Guagliano
Dr. Juan A. Bilibioni	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Hilario Larguía
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Mario Justo López
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Francisco Canale	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. José N. Matienzo
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Mariano De Vedia y Mitre	Dr. José Luis Murature
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Manuel María Diez	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis M. Drago	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Pedro Olachea y Alcorta
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Adolfo F. Orma
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Alberto G. Padilla

Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo

Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zaballos

LA CONSTITUCIÓN DE 1994 Y EL CONTRATO

José Julián Carneiro

I. Consideraciones sobre la reforma de 1994

La ley 24309 que estableció la necesidad de la reforma constitucional limitó la competencia de la Convención Constituyente, de tal modo que, al mantenerse las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único Primera Parte de la histórica Constitución de 1853/60, con sus reformas de 1866, 1898 y 1957, en lo que hace a los principios fundamentales del contrato que son la libertad de contratar, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria y el reconocimiento del hombre como destinatario de ellos, no ha sufrido cambios.

El reconocimiento de los derechos civiles (art. 14), el de los derechos sociales (art. 14 bis), y el de propiedad (art. 17), sobre la base de la igualdad ante la ley (art. 16), permiten crear y realizar para satisfacer las necesidades de los individuos, sean nacionales o extranjeros (art. 20), todo tipo de negocios, en tanto no ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a terceros (art. 19).

Y estos principios son inalterables (art. 28), sea por las leyes o por los tratados, tanto los incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22), como los ya aprobados o los que se aprueben con posterioridad.

Dentro de este marco, es soberana la voluntad individual que goza de suficiente flexibilidad para adaptarse a las cambiantes necesidades del tráfico.

II. *Los tratados internacionales*

El artículo 75, inc. 22, atribuye al Congreso la facultad de aprobar tratados concluidos con las demás naciones a los cuales reconoce jerarquía superior a las leyes.

Los tratados y declaraciones sobre derechos humanos enumerados en el inciso 22 gozan de jerarquía constitucional. En todos los casos habrá de tenerse en cuenta las reservas y aclaraciones a que hubiere dado lugar su aprobación (segundo párrafo del inc. 22).

Un breve análisis muestra en qué medida esos tratados tienen vinculación con los contratos.

a) *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948)*

El artículo I afirma, entre otros, el derecho a la libertad. El artículo XVII declara que toda persona es sujeto de derechos y obligaciones y como tal goza de los derechos civiles fundamentales.

El derecho de asociación está reconocido por el artículo XXII, sin limitaciones, y el de propiedad por el artículo XXIII.

b) *Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948)*

El artículo 3° reconoce el derecho a la libertad y el artículo 6° a la personalidad jurídica, sobre la base de la igualdad ante la ley (art. 7).

El derecho de propiedad y la libertad de asociación se manifiestan en los artículos 17 y 20.

c) *Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969)*

El artículo 7° garantiza la libertad, y el derecho de asociación lo establece el artículo 16.

Se prevé la cooperación internacional con fines económicos y técnicos para promover el desarrollo de los Estados, con fundamento, entre otros, en normas económicas (art. 26).

d) *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, Estados Unidos de América, 19 de diciembre de 1966)*

Sobre la base de los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, sienta criterios, entre otros, relativos a cooperación económica y técnica (arts. 2 y 6), regímenes agrarios, producción, conservación y distribución de alimentos (art. 11), mejora de condiciones de trabajo y de medio ambiente (art. 12).

e) *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, Estados Unidos de América, 19 de diciembre de 1966)*

Se reconoce el derecho a la libertad, a la seguridad (art. 9), y el de asociarse (art. 22).

f) *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, Estados Unidos de América, 13 de julio de 1967)*

Entre los derechos civiles se menciona el de propiedad, el de libertad y el de asociación.

g) *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979)*

Se condena la discriminación contra la mujer y se afirma el principio de igualdad de ambos sexos, reconociéndosele idéntica capacidad jurídica que la del hombre (art. 2, inc. a y art. 15).

Estos son algunos de los criterios relevantes, vinculados con los contratos, de los Tratados Internacionales enunciados en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

En verdad ni modifican ni amplían los claros principios contenidos en las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte, Capítulo I de la Constitución de 1853, con sus reformas.

En lo que hace a los contratos, que es la parte sintéticamente extractada, la libertad y la autonomía privada están reiteradamente expresados, como también el derecho de asociación.

Todo tiende a la promoción del desarrollo económico, social y cultural tratando de lograr la plena ocupación de modo que se pueda disponer de las riquezas y de los recursos naturales.

Tal deseo ya había sido expresado en el Preámbulo por el Congreso General Constituyente al declarar su propósito de promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

Como nuestra constitución no discrimina entre el hombre y la mujer, y las leyes garantizan plena igualdad, la convención respectiva no avanza sobre este aspecto.

III) *La integración supranacional*

Dispone el artículo 75, inc. 24 que el Congreso aprobará tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

Esta norma, de singular importancia, permite delegar ciertas competencias a organismos supraestatales. En el caso particular del Tratado de Asunción de 1991 que da estructura al mercado común entre Brasil, Uruguay, Paraguay y nuestro país (Mercosur), permitirá la creación de tribunales con competencia internacional que conozcan en cuestiones vinculadas con el comercio entre estos países, que por

poseer legislación no uniforme necesitarán de la interpretación adecuada sobre los conflictos de intereses que pueden suscitarse.

Debe señalarse que el mecanismo de aprobación de los tratados de integración económica difiere según se trate de Estados latinoamericanos, en los cuales basta la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, y los tratados con otros Estados, para lo cual se requieren dos pasos: la declaración de conveniencia, por la mayoría absoluta de los miembros presentes, y la aprobación efectiva que necesita del pronunciamiento favorable de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, pasados ciento veinte días del acto declarativo.

De este modo, cuando se trata de aprobar tratados con países americanos (ej. Estados Unidos de América, Canadá y Méjico), será necesario pasar por la declaración de conveniencia, antes de su aprobación definitiva.

Esta norma es coincidente con lo expresado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya mencionado.

Por ahora, en el Mercosur, no se observan órganos supranacionales con suficiente capacidad delegada para imponer medidas a los países miembros y a sus ciudadanos¹. Sin embargo, el artículo 75, inc. 24 permite, con el alcance señalado, conceder tal delegación en competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

El Protocolo de Brasilia para la solución de controversias entre los Estados Parte (26 de marzo de 1991) no significa la creación de un órgano supranacional. El procedimiento arbitral para resolver reclamos entre los Estados o los particulares no prevé la fuerza ejecutoria propia de un Tribunal de Justicia.

El 5 de agosto de 1994 se suscribió el "Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual" relativo a la adopción de reglas comunes de naturaleza civil o comercial sobre negocios celebrados entre particulares, sean personas físicas o jurídicas.

¹ R. Ruiz Díaz Labrano y R. Silva Alonso, *El Mercosur, marco jurídico institucional*, Edición Intercontinental, Asunción, pág. 105.

Hace más de 100 años, la histórica Encíclica Rerum Novarum (15 de mayo de 1891) declaraba que en el orden económico las naciones dependen en gran medida unas de las otras, que se necesitan mutuamente, y para ello deben promover por medio de tratados una fecunda y feliz economía internacional.

En Quadragesimo Anno (15 de mayo de 1931), se declara que es conveniente que las diversas naciones promuevan por medio de tratados e instituciones una fecunda y feliz cooperación en la economía internacional.

Años después, la Encíclica Pacem in Terris (11 de abril de 1963) decía que, en cuanto a las relaciones internacionales, el bien común universal quiere que en cada nación se fomente toda clase de intercambio de los ciudadanos y de los grupos intermedios. Reconoce, además, el principio de subsidiariedad en el plano mundial, como ya se había expuesto en anteriores mensajes, en el orden individual.

IV) Aspectos de Derecho Privado vinculados con la Constitución

a) La libertad de contratar.

Si bien nuestra Constitución no posee referencias concretas a las libertades económicas, como ocurre, por ejemplo, con la de los Estados Unidos de América², la libertad de contratar tiene reconocimiento implícito en el amplio marco de la libertad³.

De tal modo que, en principio, no puede obligarse a contratar o no contratar. Cada cual puede elegir con quien desee hacerlo y puede regular su contenido en correspondencia con la otra parte.

Existen circunstancias especiales donde por el bien común de la sociedad se puede exigir la celebración de contratos, como en el caso de los seguros por accidentes o seguros laborales.

² L. Sánchez Agesta, *Derecho Constitucional Comparado*, 2a. ed., Madrid, 1965, pág. 210.

³ G. J. Bidart Campos, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, ed. Ediar, 1972, pág. 279.

Además de la libertad, con el alcance señalado, el contrato se encuentra protegido por el derecho de propiedad respecto del cual rigen las garantías de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional (C.S. "E.D.", t. 66, pág. 409; t. 102, pág. 347; t. 20, pág. 492).

b) La autonomía de la voluntad y la iniciativa privada.

La decisión de contratar o no contratar, como se desee y con quien se elija, está presente en el concepto de la autonomía de la voluntad. Cada uno autorregula y autodetermina sus propios intereses.

Detrás de ella, como motor que la impulsa, se encuentra la iniciativa privada⁴.

La iniciativa privada, como la autonomía, están inscriptas en el amplio campo de la libertad establecido por nuestra Constitución y hoy reiterado por los tratados internacionales.

De este modo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre declara que todo ser humano tiene derecho a la libertad (art. I) y que es sujeto de derechos y obligaciones (art. XVII). La Declaración Universal de Derechos Humanos reitera el derecho de todo individuo a la libertad (art. 3) y a la propiedad individual. Igualmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, después de señalar que debe respetarse la libertad (art. 1), alude al derecho de asociación con fines económicos (art. 16). En igual sentido, los demás tratados mencionados en el artículo 75, inc. 22 de nuestra Constitución.

De cualquier modo, dentro del marco del artículo 33, se amparan los derechos y obligaciones emergentes de los contratos.

Como sostenía R. L. Salvat⁵, la autonomía de la voluntad, muy criticada, ha sido fuente de progresos incalculables en el orden económico.

O como señala la Encíclica Mater et Magistra: cuando falta la actividad de la iniciativa particular, surge la tiranía política. La iniciativa privada debe contribuir en cuanto está de su parte a una dis-

⁴ E. Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2a. ed. Madrid, pág. 40.

⁵ *Tratado de Derecho Civil*, "Contratos", "L.L." 1943, t. V, pág. 107.

tribución equitativa de la economía del país. Y el Estado, por su función subsidiaria debe auxiliarla.

c) *Defensa del contratante.*

Además de las defensas que contiene nuestra ley civil para proteger al contratante débil contra el contratante fuerte, como es la lesión (art. 954 del Cód. Civil), o cuando se presentan circunstancias excepcionales que alteran, sin culpa del contratante, el equilibrio negocial (art. 1198 del Cód. Civil), la reforma constitucional ha incorporado institutos cuyo propósito es proteger a las personas mediante remedios apropiados.

1) *La acción de amparo.*

Esta acción, que ya tenía reconocimiento judicial y luego legal (ley 16.983 y art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 321 de igual Código de la Provincia de Buenos Aires, entre otros), se encuentra en el artículo 43 de la Constitución.

Protege a toda persona, mediante una acción rápida y expedita, es decir sin trámites largos y complicados, contra todo acto del Estado o de particulares que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

De tal modo que cualquier contratante puede usar de esta vía, sin perjuicio de las acciones más lentas que le permita el contrato, por juicio sumario u ordinario, según cada caso.

Precisamente, derechos y garantías son, entre otros, los que reconocen los contratos a favor de quienes los celebran, que pueden estar amparados por una ley -los Códigos-, por tratados internacionales o por la Constitución misma.

Desde luego que los terceros perjudicados por un contrato, sea que se celebre en su beneficio o no, también están legitimados para promover esta acción rápida y expedita. En el artículo 43 se alude a terceros perjudicados por actos u omisiones de otras personas.

Expedita quiere decir desembarazada, pronta a obrar, libre de todo estorbo, sin miramientos, en cuyo significado se encuentra también la rapidez. De tal modo que el juez puede, en razón de las particularidades del caso, reducir los plazos procesales y usar los medios de comunicación más efectivos para dar solución a los conflictos que debe resolver.

Aparte del afectado, se mencionan expresamente al usuario y al consumidor, ambos seguramente contratantes, que tienen expedita la acción de amparo contractual cuando se lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta sus derechos negociales.

Además, y ello escapa a este breve comentario, la norma protege los intereses difusos, dando legitimación sustancial activa al Defensor del Pueblo y a las asociaciones registradas que cumplan con esos fines.

2) *Habeas data.*

Esta acción permite a la persona afectada tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados destinados a proveer información, con el fin de corregirlos.

En una relación precontractual puede tener significación para el eventual contratante conocer datos que pueden perjudicarlo por falsos o discriminatorios e impedirle celebrar el negocio que tenía en miras. En tales casos, puede solicitar la información pertinente y pedir su rectificación, supresión o actualización.

d) *Reconocimiento de los pueblos indígenas.*

El artículo 75, inc. 17, establece que corresponde al Congreso dictar leyes que reconozcan la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Esta norma se incorpora recién con la reforma de 1994.

Creemos que la garantía de los derechos de los primitivos habitantes de nuestro territorio ya estaba incluida en todas las disposiciones constitucionales.

Los indígenas también son integrantes del pueblo de la Nación Argentina a quien está destinada la Constitución, de tal modo que era innecesario ese reconocimiento expreso.

La Encíclica *Pacem in Terris* alude a las minorías étnicas y expresa que los gobernantes deben promover con eficacia sus valores humanos, esencialmente en lo tocante a su lengua, cultura, tradición e iniciativas económicas.

Pero en nuestro país, en la actualidad, no se observa que se aparte a los pueblos indígenas del resto de los ciudadanos. En otros países, a los cuales parece dirigida tal recomendación, existen graves problemas de convivencia que justifican establecer regulaciones adecuadas.

Los indígenas son sujetos de derecho y siempre lo fueron, con plena capacidad (arts. 30, 31, 51, 52 y conc. del Código Civil). Los indígenas, por cualquiera de los medios existentes, sean asociaciones o fundaciones, pueden obtener suficiente derecho para actuar en el plano negocial. En tal caso, la propiedad de las tierras que ocupan tendría que pertenecer a esas comunidades.

Esta solución, que significaría apartarse del tradicional régimen de la propiedad, seguramente impedirá la transmisión de sus derechos, sea por actos entre vivos como por causa de muerte. La propiedad comunitaria no es régimen tradicional de nuestro pueblo.

Esas tierras, que pertenecerán a las comunidades, quedarán fuera del comercio, lo cual perjudicará su desarrollo y, finalmente, impedirá la integración con el resto de los habitantes.

Como sostenía Vélez Sarsfield, "las restricciones impuestas al dominio por sólo en el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los códigos, son extrañas al Derecho Civil" (nota al art. 2611; ver también nota al art. 2502, donde refiriéndose a la multiplicidad de derechos reales sobre los mismos bienes dice que son una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y que pueden perjudicar mu-

cho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades).

En consecuencia, como esta norma no tiene operatividad inmediata, deberá dictarse la ley que la regule y, en tal caso, esas tierras no podrán ser objeto de contratos y tampoco podrán servir de garantía del patrimonio de los pueblos indígenas a los que se quiere favorecer.

Estas normas protectoras para los pueblos indígenas y grupos étnicos se observan en la Constitución Nacional del Paraguay (arts. 62 al 67) y en la Constitución de la República Federativa del Brasil (arts. 231 y 232) con criterios más o menos similares.

e) *El reconocimiento del mercado.*

El artículo 42, al referirse a la protección y defensa de los consumidores y usuarios, establece que las autoridades defenderán la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados.

Alude también al control de los monopolios naturales y legales.

En cuanto al consumo, dice que deben protegerse los intereses económicos y la seguridad de los consumidores, quienes deberán tener información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno.

La mención del consumo, de los intereses económicos, de la competencia y de los monopolios importa, como claramente se dice, el reconocimiento del mercado⁶.

El mercado es el núcleo donde se celebran contratos que determinan el movimiento de la economía.

Y siguiendo con buen criterio en la defensa del consumidor, se preocupa la norma de la distorsión del mercado que puede generarse sea por la presencia de monopolios como por la fuerte influencia de determinados grupos económicos.

Por tal motivo, es ciertamente adecuada la preocupación por la seguridad de los consumidores, quienes deben contar con la suficien-

⁶ G. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ed. Ediar, 1995, t. VI., pág. 306.

te información sobre las condiciones del mercado para poder tomar decisiones adecuadas de contratación.

Es obligación de quienes participan del mercado dar trato equitativo, justo y digno a los consumidores.

En definitiva, no es sólo el mercado el que regula la economía. El Estado debe intervenir para que se mantenga el equilibrio entre las fuerzas que en él actúan.

Decía la Encíclica *Rerum Novarum* que la libre concurrencia es beneficiosa, pero no puede regir toda la economía.

Pero tampoco es buena la dictadura económica que sustituye la libre concurrencia.

Posteriormente, en *Quadragesimo Anno*, se reafirmó que el orden económico no puede dejarse a la libre concurrencia de las fuerzas económicas.

Por tal motivo, en *Mater et Magistra* se afirma que, siendo el fin del Estado proveer al bien común, debe existir plena subordinación del orden económico al orden moral.

Dentro de ese criterio, ha de reconocerse el principio de subsidiariedad, donde la iniciativa privada sea el motor que alimente las fuerzas económicas. Y por tanto debe ser auxiliada por el Estado.

Y en *Pacem in Terris* se expone el principio de derecho natural donde el hombre tiene derecho a trabajar y a participar con su iniciativa del progreso.

El solo desarrollo exige transformaciones audaces, innovadoras, que el hombre en libertad puede realizar.

El camino de la paz social exige el desarrollo y éste el ahorro, como se indica en *Populorum Progressio*.

Esta bien, entonces, que se reconozca la presencia del mercado como motor de la economía, en tanto ésta sea un medio que, bajo el amparo del Estado, sirva al bien común de la sociedad.

V) Conclusiones

De acuerdo con este breve análisis, entiendo que en lo atinente a los contratos debe destacarse la aprobación de tratados de integración supranacional y la facultad de delegar funciones en organismos de aplicación, administración o judiciales, que permitan a los particulares o a los Estados recurrir a ellos en defensa de sus derechos.

También resalto la incorporación de la acción de amparo contra actos del Estado o de los particulares y en cuanto puede defender intereses contractuales. El *habeas data*, por su lado, puede permitir la corrección de información perjudicial para un contratante.

La defensa de los consumidores y usuarios alienta una cabal protección del mercado cuyo expreso reconocimiento se destaca.

Los intereses difusos, por su lado, tienen debida protección, maguer las leyes que reglamenten su ejercicio.

EL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN MODERNA

María Luisa Casas de Chamorro Vanasco

I. Introducción

Creo conveniente iniciar estas reflexiones vinculadas a la temática de los consumidores y el papel que estos juegan dentro de los contratos de la vida moderna, ubicando en primer lugar a esta figura dentro de la noción que consideramos valedera.

Entendemos que el contrato es el acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial, dentro del cual la libertad juega un papel preponderante y donde su funcionamiento se pone en evidencia con notable nitidez.¹

Pero obviamente ese poder para decidir el modo de regular las relaciones jurídicas, que inclusive hace nacer derechos y obligaciones, debe plasmarse de modo que cada uno de los participantes del acto pueda exigir del otro la conducta y el cumplimiento de aquello a lo cual se comprometió.

¹ Código Italiano, art. 1321. *Contratos I. Cátedra Dr. Federico N. Videla Escalada, Zavallá, 1972.*

La fuerza obligatoria del contrato y la autonomía de la voluntad son los dos pilares fundamentales en torno a los cuales gira toda la problemática de estos actos jurídicos que tanta trascendencia tienen en la vida económica de los pueblos, ya que es sabido que todas las personas, tanto físicas como jurídicas, desde las más humildes hasta las más poderosas, encuentran en el contrato el medio adecuado para satisfacer gran parte de sus necesidades.

No obstante ello, con referencia a la obligatoriedad de las convenciones, principio señero y de honda raigambre en el derecho que se encuentra contenido en nuestro Código Civil en el art. 1197, se ha producido una evolución que inclusive ha llevado a afirmar a destacados juristas que el contrato se encuentra en crisis.²

En realidad, lo que ha entrado en esa situación es más bien el principio de su fuerza obligatoria, en el sentido de que, al haberse producido en la sociedad cambios trascendentes que han llevado a morigerar el indudable valor de las convenciones, aquella intangibilidad de las cláusulas pactadas se ha visto golpeada por el dictado de leyes protectoras de alguna de las partes, en general la considerada más débil, o por interpretaciones jurisprudenciales que a veces, forzando la aplicación de principios jurídicos, han logrado liberar o atemperar el cumplimiento de sus obligaciones a una de las partes interesadas en el acto.

En la actualidad, se recurre a distintos medios para poner límites a la fuerza obligatoria, como por ejemplo analizar los acuerdos con un criterio más social que individual o dictando disposiciones económicas o políticas tendientes a favorecer a quien se entiende que se encuentra en una situación más gravosa dentro del ámbito de las convenciones.

Porque en verdad, cuando se presentan situaciones conflictivas entre los intereses de los contratantes, se tiende, naturalmente, a darle mayor protección a quien se considera con menor poder contractual y con ello se procura restablecer la igualdad o el equilibrio que debe normalmente haber entre los sujetos del acto.

² Risolía, Marco Aurelio, *Soberanía y Crisis del Contrato*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1946, págs. 93 y siguientes.

No obstante, cuando se habla de crisis también se quiere significar cambio, es decir, variación de las circunstancias de la vida económica y social que hacen que se considere de otro modo hasta a las relaciones jurídicas que nacieron con el compromiso de ser cumplidas estrictamente las obligaciones que ellas originaron.

Por esto también se ha dicho que la crisis del contrato es "nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad" y que "la decadencia del contrato es la de la libertad contractual, es decir el derecho de los contratantes de determinar como lo entiendan su relación contractual".³

Sin embargo, esto, a nuestro modo de ver, no es tan exacto. La transformación experimentada por el contrato obedece a razones vinculadas con nuevos criterios económicos y sociales que ejercen notable influencia en todo el ámbito del Derecho en general y de esta figura en particular. En definitiva, todas las instituciones jurídicas deben adaptarse a la evolución histórica de la vida en sociedad, sin que ello afecte los principios fundamentales del Derecho, que son inmutables. Si, para tomar una fecha trascendente en la evolución de la legislación positiva, se recurre a la de la iniciación del proceso de Codificación, debe mencionarse el comienzo del siglo XIX, más exactamente el año 1804, en que se produce la sanción del Código Civil de los franceses, más conocido como Código Napoleón.

Allí, en el art. 1334, aparece formulado el principio de la fuerza obligatoria de los contratos en la expresión que marca que ellos tienen, para las partes, el lugar de la ley.

Con sólido fundamento, puede interpretarse claramente el valor que se ha querido acordar a las convenciones mediante su equiparación con la ley, la más notoria manifestación del carácter coercitivo de las normas jurídicas.

Fácil es comprender que nuestro Código Civil, en su artículo 1197, con mejor redacción pero basado en el mismo principio, ha querido

³ Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Abeledo Perrot, 1989, pág. 14.

afirmarse en igual concepción al expresar que los contratos "forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

Con incuestionable firmeza se resalta la vigencia del principio de la fuerza obligatoria y el respeto a la autonomía de la voluntad, no obstante lo cual, como todo derecho subjetivo, el de contratar no reviste carácter absoluto.

Al respecto, y sin abundar en argumentaciones prolongadas sobre un tema indiscutible, cabe recordar nociones tales como la moral y las buenas costumbres, el orden público o la buena fe, todas las cuales son elementos sustanciales en el régimen elaborado por Vélez Sársfield.

Es innegable que tienen aplicación en todo el ámbito de los actos jurídicos, pero cabe recordar que hay una disposición que específicamente se refiere al campo contractual, el artículo 21, cuando dice: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

Desde otro punto de vista, el mismo cuerpo legal estatuye sobre los vicios de la voluntad que el Código Francés denominaba "del consentimiento", cuya regulación tiene por finalidad asegurar que los sujetos de un acto gocen de una voluntad pura no afectada por fallas derivadas de errores excusables, engaños o de coerciones ilegítimas tanto físicas como anímicas.

De estos dos grupos de normas nacen limitaciones a la autonomía de la voluntad y, por ende, a la fuerza obligatoria de los contratos en la obra del Codificador.

Al proseguir el desarrollo del proceso de industrialización y aumentar la complejidad de las relaciones económico sociales, se presentan casos de personas con plena capacidad de derecho y cuya voluntad no está afectada por los vicios antes mencionados pero que, sin embargo, requieren de una protección especial por razones ampliamente justificadas.

De ahí que, por ejemplo, el Código alemán de 1900, tan señero en su época, como un siglo antes lo había sido el francés, incorpora en su texto un artículo que lleva el N° 138, que dice: "Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo. Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación".

Es fácil advertir que de este modo adquiere nueva relevancia una figura venida de la antigüedad, pero con características muy diferentes a las que había tenido entonces.

En efecto, además de la desproporción de las prestaciones que había servido de base a la lesión enorme, puramente objetiva, se agrega un importante elemento subjetivo consistente en el aprovechamiento o la explotación de la situación de inferioridad en que se encuentra el sujeto débil del acto.⁴

Precisamente, la situación originada por la necesidad, la ligereza o la inexperiencia que afectan a uno de los sujetos lo priva del poder contractual que ordinariamente poseen las personas capaces.

Sabida es la trayectoria cumplida por esta institución en el Derecho Civil argentino. Primeramente la decidida negativa por parte del codificador puesta de manifiesto en la nota que sigue al art. 943 donde, refiriéndose a la meramente objetiva, la desecha sobre la base de que su aceptación llevaría a la inseguridad jurídica.

Más adelante, los proyectos de reforma de 1936 y 1954 proponen la incorporación de la lesión subjetiva con una terminología similar a la utilizada por el Código Alemán.

Lógicamente, al sancionarse la ley 17.711, este instituto ha sido incluido en el Derecho positivo argentino en el artículo 954, tras haber alcanzado el pleno respaldo de la más destacada doctrina nacional en

⁴ Moisset de Espanés, Luis, *La lesión en los actos jurídicos*, Zavallá, 1979.

el Tercer Congreso de Derecho Civil celebrado en la Ciudad de Córdoba en el año 1961.⁵

Precisamente la continuidad del camino que venimos de señalar desemboca en la consideración de la situación en que se encuentra el consumidor, quien en muchas oportunidades, frente a los proveedores de bienes o servicios, se encuentra en manifiesta situación de inferioridad en lo atinente al poder contractual.

II. *El poder contractual y los sujetos del acto*

En abstracto, por su naturaleza de acto jurídico bilateral, el contrato requiere la presencia de dos voluntades que deben encontrarse en situación pareja que permita el desarrollo del proceso de negociación en un ámbito de equilibrio que evite el aprovechamiento de quien goce de una posición de superioridad.

En concreto esto debe manifestarse mediante la existencia de niveles de paridad compatibles con el funcionamiento de las tratativas que deben culminar en el perfeccionamiento de la convención.

Naturalmente esto no significa requerir una estricta igualdad entre la fuerza de los contratantes, sino que los sujetos estén en condiciones de intercambiar sus puntos de vista y precisar el contenido del acto que se procura celebrar.

A esto se refiere la consideración del poder contractual del que deben disponer las partes, para posibilitar ese mínimo de equilibrio a que se ha hecho referencia anteriormente.

En relación con este tema resulta útil recordar expresiones de Risolía contenidas en su extraordinaria tesis doctoral "Soberanía y Crisis del Contrato", expresiones que adquieren singular valor, no sólo por la sabiduría de su autor, sino porque es conocida su definitiva posición en favor de la vigencia del principio de la autonomía de

⁵ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, 1961, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil Henoch D. Aguiar, Tomo II, pág. 520 y 777.

la voluntad, en relación con el acto jurídico que estamos considerando.

Estimamos oportuno transcribir algunos de los párrafos más significativos que contiene la obra mencionada sobre este tema, como por ejemplo, el que dice: "La aceptación lisa y llana del principio de la voluntad autónoma parece suponer, para admitirlo como éticamente viable, una equivalencia real de los individuos y una alteración de sus patrimonios que no consagre la lesión injusta. He aquí la nervadura del contrato concluido según los axiomas de la doctrina liberal. La voluntad autónoma determina su formación y sus efectos. Lo que se cumple en el contrato es lo que se ha querido. Lo que se ha querido con libertad obliga justamente..."

"Pero el contrato es un molde jurídico para la materia económica y la desigualdad suele adelantarse por esa vía. Antaño, en comunidades pequeñas, con intereses menudos, era lógico concebir una equivalencia más o menos aproximada entre las partes que concurrían al acuerdo. La realidad contemporánea es otra ... el desequilibrio toca sin embargo límites máximos. Responde a causas subjetivas y objetivas. Entre las primeras es fácil aducir la necesidad, la indigencia, la ignorancia, las captaciones, los fraudes, las múltiples hipótesis que caben dentro de los vicios del consentimiento, y hasta las modalidades técnicas del contrato en nuestros días concluido con frecuencia entre ausentes, acudiendo a la pre-redacción y al uso de intermediarios que tanto favorecen la gravitación de circunstancias ajenas al equilibrio de partes y patrimonios".⁶

Por su parte, Puig Brutau expresa que: "La fuerza vinculante del contrato, como fenómeno jurídico, se funda en la igualdad sustancial de medios que ha de existir desde el otro punto de vista, a saber, como concepto económico y social. El Derecho contractual se funda, en definitiva, en una mayor o menor aproximación al hecho de que las partes dispongan de igual 'poder de negociación'".⁷

⁶ Risolía, Marco Aurelio, op. cit., pág. 101.

⁷ Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I Doctrina General del Contrato, Bosch, Barcelona, pág. 41.

Precisamente, el requisito del equilibrio es, en esencia, el que origina la consideración especial de la situación del consumidor en el campo de los contratos.

Como es fácil advertir, el consumidor es alguien que, por varias razones, cuenta ordinariamente con menor poder contractual que sus proveedores.

En las reflexiones anteriormente formuladas, se pone de manifiesto que las relaciones jurídicas establecidas en el contrato muestran que la paridad generalmente se rompe debido a la diferencia de conocimientos y, también, de poder económico entre los protagonistas.

Con el fin de darle a este trabajo un contenido que refleje la realidad cotidiana, hemos de mencionar algunas situaciones en que se hace patente la disparidad de poder contractual en relaciones jurídicas en las que una de las partes sea un consumidor.

No implica esto que, más adelante, no demos un concepto de aquél e, inclusive, que recurramos a la noción que de él da la ley 24.240, pero aquí se trata simplemente de mostrar casos que todos conocemos, dado que se presentan con frecuencia.

En primer término, cabe recordar la distinta posición en que se encuentra una poderosa cadena multinacional de supermercados y el ama de casa que concurre para adquirir algunos elementos necesarios para la vida diaria.

No es preciso comentario alguno para advertir la disparidad entre los respectivos poderes contractuales.

Otro tanto ocurre, evidentemente, entre una empresa productora de bienes de alta complejidad y el adquirente que necesita de alguno de ellos para poner en funcionamiento una pequeña industria o taller.

Para finalizar con esta nómina relativa a la compra y venta de elementos que se producen cotidianamente, cabe citar el ejemplo, casi clásico, de los electrodomésticos, heladeras, lavarropas, televisores, etc. que conforman una parte proporcionalmente muy importante de los conflictos originados por perjuicios experimentados por los compradores, por cláusulas abusivas incluidas en los respectivos

contratos, o directamente por un incumplimiento que mal podía haber previsto el adquirente.

En todos estos ejemplos se pone de manifiesto la razonabilidad de procurar estructurar un régimen tendiente a proteger al consumidor, como parte débil de una relación convencional.

Es fácil comprender que, así como la doctrina recurrió a la institución de la lesión subjetiva para impedir un aprovechamiento injusto en detrimento de quienes se encuentran en situación de inferioridad debido a su necesidad, inexperiencia o ligereza, es razonable elaborar normas jurídicas que acuerden una protección eficaz a quienes también se encuentran en un plano de inferioridad por su calidad de consumidores.

Se habla en la actualidad, con fundamento, de la aparición de un derecho del consumidor que ocupa un amplio espectro y cuya finalidad sustancial reside precisamente en la elaboración de normas destinadas a proteger a quienes revisten ese carácter.⁸

Tal derecho objetivo aparece en campos muy variados como, por ejemplo, en la creación de Tribunales de Justicia de Menor Cuantía, campos entre los cuales debe necesariamente estar el referido al terreno contractual.

Como reflejo de la amplitud antes señalada, autores prestigiosos que han dedicado estudios especializados a la temática del consumidor, utilizan terminología como "derecho del consumo" o "contratos de consumo".⁹

Consideramos interesante analizar brevemente los fundamentos de esas locuciones como herramientas útiles para definir el ámbito propio de este moderno sector de la ciencia jurídica y, específicamente, de las características de las figuras contractuales comprendidas en los términos de la segunda de dichas expresiones.

⁸ Stiglitz, Gabriel y colaboradores, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, La Rocca, Buenos Aires 1994.

⁹ Alterini, Atilio A., *Los contratos de consumo*, "LL", 1993 E, pág. 1058, y Arcagni, Juan Carlos y Stiglitz, Gabriel A., *Protección al consumidor. Aspectos básicos y comparativos del derecho de consumo*, "LL", 1990 A, pág. 997.

Es sabido que en la sociedad contemporánea se producen fenómenos de características especiales como el crecimiento del volumen, la variedad y el interés que presenta el consumo, tanto en la vida diaria de las personas como en los medios que emplean los empresarios para desarrollar la comercialización de sus productos y difundirlos de manera masiva.

Los medios económicos de los expendedores les acuerdan posibilidades mayores o menores para poner sus productos en el mercado de modo de despertar la atención de sus habituales adquirentes.

Precisamente el avance de las técnicas industriales, comerciales y publicitarias es instrumento apto para fortificar la posición empresarial y agudizar al mismo tiempo la diferencia de poder de negociación respecto de sus clientes que, obviamente, revisten la calidad de consumidores.

Este esquema muy elemental es, sin embargo, ampliamente demostrativo de la necesidad de regulación de las relaciones antedichas, para dotarlas de una base de equidad imprescindible en el funcionamiento de las sociedades actuales.

Sin perjuicio de las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos, cabe comparar al derecho del consumidor con el derecho laboral, en el sentido de sectores de la legislación imbuidos de un espíritu tuitivo para las partes de la relación contractual que se encuentran en una situación de inferioridad frente a sus co-contratantes.

Es interesante recordar, en la misma línea de pensamiento, expresiones de estudiosos del tema, que dicen: "La protección jurídica del consumidor se inscribe dentro del capítulo más amplio de la protección de los intereses colectivos y difusos".¹⁰

En efecto, este Derecho del consumo tiene la finalidad de acentuar la fuerza de un sector caracterizado como parte débil en el ámbito de los contratos, al igual que lo hace el Derecho Laboral frente al conjunto de los asalariados.

¹⁰ Arcagni, J. C. y Stiglitz, G. A., op. cit.

Este modo de pensar refleja una concepción realista respecto de las condiciones reinantes en el funcionamiento económico social vigente en nuestro tiempo, que exige que en ciertas circunstancias el derecho positivo deba ser no sólo justo, sino además prudente, para que sea realmente eficaz el precepto de dar a cada uno lo suyo.

Es evidente que el empresario, comerciante o profesional tiene ordinariamente más información y posee mayor poder económico que aquél que ha de adquirir los productos que él le ofrece.

Ello determina que, al igual que lo que ocurre con las normas del Derecho del Trabajo, los preceptos del Derecho del Consumo revistan carácter imperativo, como lo disponen algunas leyes sancionadas en estos últimos años.¹¹

Cabe agregar que dichos preceptos integran el plexo de las leyes de orden público, con un claro sentido de protección tendiente a hacer reinar la equidad a través de la promoción del equilibrio entre sectores de diverso poder contractual.

Como complemento de estas características particulares de las reglas del Derecho del Consumo, es normal que su interpretación sea siempre en favor del consumidor, como lo dispone nuestra ley 24.240, a la que luego hemos de referirnos.

En realidad, se trata de la adaptación del antiguo aforismo hermenéutico "favor debitoris" que desde tiempo atrás es entendido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como en "favor de la parte débil" de la relación jurídica, tema que mereció tratamiento especial en las "X Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en la Ciudad de Corrientes en 1985.¹²

Formuladas estas últimas consideraciones, parece oportuno retomar el tópico referido a que la protección del consumidor cabe en el campo más amplio de defensa de los "intereses colectivos y difusos" como lo afirman Arcagni y Stiglitz, según expresiones anteriormente citadas.¹³

¹¹ Taboada, Marcelo, *La nueva ley de defensa del consumidor*, "LL", 1993 E., pág. 1193.

¹² Recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Banco de Crédito Argentino, 1987, X Jornadas, Corrientes 1985, pág. 88.

¹³ Arcagni, J. C. y Stiglitz, G. A., obra citada en notas 9 y 10.

Tan cierta es esta afirmación, que puede decirse, sin temor a equivocarse, que todos los habitantes de la Nación somos consumidores, es decir, que el ámbito de esa calificación reviste la máxima amplitud.

Sin embargo, dadas las características antes señaladas, de conformar el Derecho del Consumo un conjunto de normas y principios destinados a proteger a la parte débil de la relación jurídica, se hace imprescindible señalar que no todos los adquirentes de bienes o los que requieren de la prestación de un servicio se encuentran en esa situación y que, por consiguiente, debe precisarse con la mayor exactitud posible la noción de consumidor para determinar su inclusión o exclusión de la normativa de este sector de la legislación positiva.

Al respecto, es útil recordar el texto pertinente que contiene la ley 24.240, norma sobre la cual volveremos más adelante. El art. 1° dice: "Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...".

Estas expresiones merecen una consideración que dé mayor precisión al concepto del Derecho del Consumo y, por supuesto, del consumidor.

En las primeras palabras del precepto antes transcrito, se pone de manifiesto con total claridad el carácter protector de la normativa, al decir que su objeto es "la defensa de los consumidores o usuarios", es decir, que se confirma lo expresado anteriormente, en el sentido de tratar de paliar los efectos negativos del desequilibrio entre contratantes.

Con la finalidad de complementar la escueta noción dada por los términos que hemos mencionado, se agregan algunos elementos tendientes a caracterizar más definidamente los sujetos en favor de quienes se elaboran y sancionan las reglas incluidas en este sector del derecho objetivo.

A ello apunta el contenido del segundo período del artículo citado.

En efecto, la norma en cuestión recurre a los siguientes elementos: que los contratos que se celebren sean onerosos y que su finalidad esté determinada por tener como destino el consumo final o el beneficio propio, o el del grupo familiar o social del contratante más débil.

De estos términos nos ocuparemos en otra parte de este trabajo, pero desde ahora queremos señalar que consideramos acertada la exigencia relativa a que los bienes o servicios comprometidos lo sean para su consumo final.

La referencia a que sirvan al grupo familiar también es plenamente razonable, mientras que la mención del grupo social no resulta totalmente ajustada a la problemática que analizamos, aunque parece claro que se vincula con la inclusión de "personas jurídicas" en el precepto que comentamos.

También allí se hará necesario considerar lo relativo a los objetos sobre los cuales deben versar las convenciones y los actos jurídicos que se toman en cuenta.

Hasta ahora hemos reflexionado sobre el Derecho del Consumo, que comprende reglas destinadas a legislar sobre esta materia específica, y de ahora en más trataremos a los contratos de consumo.

Se entiende que son aquéllos que vinculan convencionalmente a un consumidor con un productor o proveedor que reviste carácter profesional, entendida esta calificación en el sentido más amplio que comprende a quien desarrolla una actividad industrial o mercantil en forma organizada con sentido empresarial.

En una medulosa colaboración, publicada en "La Ley", el Dr. Atilio Alterini señala que: "La caracterización del consumidor es problemática. En términos generales hay concepciones objetivas y concepciones subjetivas".¹⁴

Respecto de las primeras, manifiesta que cuentan con un componente positivo y otro negativo: el primero requiere que el contrato sea realizado por un profesional del comercio, mientras que el negativo

¹⁴ Alterini, Atilio A., obra citada en nota 9, "LL", 1993 E, pág. 1058.

atañe al otro sujeto, el consumidor, el cual, por su parte, no debe obrar de modo profesional.

A diferencia de lo dicho, las definiciones subjetivas apuntan a que, para ser considerado consumidor, el contratante debe destinar los bienes que adquiera a su uso familiar o personal.

Señala el autor citado que la ley argentina se enrola en el criterio objetivo al igual que la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de abril de 1993, que exige que los consumidores sean personas físicas y que el contrato que celebren no quepa en el ámbito de su propia actividad profesional.

Este recaudo reviste sin duda singular relevancia, ya que la protección del Derecho del Consumo debe acordarse a quien, por ejemplo, compra un automóvil para uso familiar, sin tener otros conocimientos que los elementales de la generalidad de los usuarios, y no a quien, por dedicarse a la compra y venta de tales vehículos o tener una agencia destinada a explotarlos en alguna actividad comercial, no requiere la protección de la ley respectiva.

Cabe aquí también plantear el problema del ámbito que debe tener la función tuitiva antes señalada. Por ejemplo, ofrece algún motivo de análisis la cuestión de si debe limitarse la función del Derecho del Consumo sólo a las personas físicas o incluirse a las jurídicas, y en este caso a todas o únicamente a algunas de ellas.

Estimamos que por las características de esta normativa deberá distinguirse, tanto en el ámbito de las personas físicas como en el de las jurídicas, los casos en que pueden acogerse a la defensa de este derecho y cuáles deberían quedar excluidas.

Respecto de las físicas, anteriormente hemos dado un ejemplo que puede servir como regla orientadora para resolver la cuestión.

En efecto, no parece razonable incluir a quienes adquieren bienes o contratan servicios para su uso personal o familiar, pero que cuentan con una preparación que autoriza a juzgarlos como verdaderos profesionales en el tema de la convención celebrada, independientemente de que posean o no el correspondiente título.

En el terreno de las personas jurídicas, la primera distinción deriva de la naturaleza de las mismas, según que sean entidades desprovistas de finalidad de lucro o que la tengan por tratarse de sociedades civiles y comerciales.

En el primer supuesto, es indudable que caben en el campo del derecho que consideramos.

Basta pensar en un contrato suscripto por una institución benéfica para proveerse de los elementos necesarios para la alimentación de niños asilados o personas desvalidas a quienes atienden, frente a la gran cadena de comercialización de productos de esa índole realizada por una sociedad anónima de amplio giro de negocios.

Más allá de esa distinción inicial, la aplicación de las referidas normas puede alcanzar a situaciones particulares cuando se trata de convenciones formadas entre dos sociedades entre las cuales haya un gran desequilibrio en el conocimiento del pertinente negocio o en el volumen de las operaciones respectivas.

La consideración de estos supuestos nos lleva a pensar que, aún entre entidades con fines de lucro, se presentan situaciones que deben ser atendidas por las normas del Derecho del Consumo, pero ello tendrá que hacerse con la debida prudencia que las características de cada caso exijan.

En definitiva, puede decirse con sólido fundamento que la determinación de los sujetos que han de gozar de esa protección debe ser analizada e interpretada sobre la base del respectivo poder contractual de las diversas situaciones que pueden presentarse.

Como síntesis, cabe señalar que el esquema de funcionamiento de este derecho tuitivo comprende a todas las personas físicas que adquieren bienes o contratan servicios para sí o para usos familiares o análogos y a las jurídicas desprovistas de finalidad lucrativa e, inclusive, en casos excepcionales, a las sociedades.

Este criterio no pretende estar dotado de exactitud matemática, pero puede prestar utilidad como pauta para resolver situaciones de cierta complejidad, a las que se debe tratar según las reglas de la equidad y de la buena fe.

III. *Distintas especies de contratos y diferentes modos de contratar*

Como dijimos en la primera parte de este trabajo, la vida contemporánea ha producido notables cambios en la contratación derivados de las variaciones experimentadas por las condiciones económicas y sociales.¹⁵

Esto ha motivado la multiplicación de las operaciones de contenido patrimonial, para lo cual ha sido necesario utilizar procedimientos negociales que permitan lograr tanto la rapidez de la formulación del acuerdo, como también la seguridad en los derechos emergentes del acto.

En algunas situaciones, es sabido que no tienen cabida las tratativas prolongadas durante las cuales se tiende a lograr, luego de propuestas y contraofertas, un acuerdo de voluntades con el máximo de ajuste posible conforme a los deseos de los sujetos intervinientes.

Pero, como es fácil advertir, en la actualidad esos arduos intercambios han dejado su lugar a la celebración de contratos en los cuales se trabaja con textos de contenido predispuesto; que llevan a la concreción del acuerdo con mayor celeridad.

En ciertos supuestos esto puede llevar a plantear problemas respecto a la presencia de la autonomía de la voluntad y hasta a hacer dudar sobre el verdadero valor de acto voluntario que reviste el contrato.

La nómina que podría presentarse de acuerdos con características como las señaladas sería muy extensa, razón por la cual sólo haremos referencia a alguna de las más frecuentes.

Sin duda el campo más nutrido, en este sentido, lo encontramos en el ámbito de la contratación mercantil. Los comercios que celebran diariamente gran cantidad de operaciones con una amplia concurrencia de público a sus locales sólo pueden funcionar en la realidad ofreciendo sus productos con condiciones de pago inamovibles y por

¹⁵ Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 33 y siguientes.

consiguiente con la total proscripción de la posibilidad del juego de ofertas y contraofertas por parte de los consumidores.

Hay en este modo de contratar un conjunto de bases que conforman el contenido predispuesto de las condiciones del acuerdo y; sin embargo, los contratos que se celebran de este modo no motivan, por cierto, problemas dignos de ser considerados.

Es evidente que comercios como los indicados, en regímenes del tipo de los países occidentales, con una economía de mercado más o menos acentuada, abundan y están sujetos ordinariamente a un proceso de competencia que trae como consecuencia la posibilidad, para el interesado en adquirir algo, de recurrir a otro del mismo ramo para satisfacer su deseo en las condiciones que le sean más convenientes.

De este modo no se produce lesión alguna a la libertad contractual y las convenciones así celebradas cumplen con los recaudos que pueden exigirse para reconocerles la pertinente validez.

No solamente en el campo mercantil estricto funciona este tipo de contratos, ya que es cada vez más frecuente recurrir a ofertas predactadas en el ámbito inmobiliario, en el que los interesados en adquirir viviendas, oficinas o locales lo único que pueden hacer es aceptarlas o rechazarlas sin contar con la posibilidad de modificar el texto que se les propone.

En estas situaciones y en muchas otras de análogas características, es habitual que se recurra al uso de formularios impresos donde las cláusulas contractuales aparecen conformadas como un todo armónico e integral.

Pero ello no significa, como antes expresamos, que falte la libertad inherente a la validez de la voluntad jurídica de alguna de las partes, sino que se recurre a este sistema de perfeccionamiento del acto por razones de celeridad y de conveniencia que se apoyan en la uniformidad de los documentos.

Donde el problema puede adquirir mayores dimensiones es en los llamados contratos por adhesión, los que han sido cuestionados inclusive respecto a su naturaleza contractual, ya que colocan a las partes

en posiciones dispares y requieren por tal razón una consideración más cuidadosa por parte del intérprete.

Antes de entrar a este tipo especial, cabe agregar que todos los supuestos a que antes hicimos referencia pueden dar lugar a una contratación concretada mediante el uso de formularios y éstos pueden presentar distintas características.

No obstante ello, pueden hacerse algunas consideraciones referidas a todos los casos en que se recurre a este sistema.

De ahí que estimemos prudente esbozar una especie de noción de este tipo de contrato que permita captar su significado, ya que no hay definición universalmente aceptada a su respecto.

Entendemos que caben en la denominación de contratos perfeccionados mediante el uso de formularios todos aquéllos en los que las partes utilizan un texto predeterminado, elegido por una de ellas y que conforma, básicamente, el contenido del acuerdo.

Por consiguiente, es aplicable ese concepto a los contratos en que se utilizan fórmulas impresas preparadas de antemano, bien sea por empresas comerciales que los ponen a la venta o bien sea confeccionados por alguno de los interesados, que utilizan un texto uniforme para cierto tipo de negocios a los que se dedican habitualmente.

A estos supuestos, cuya regulación variará según que el formulario empleado haya sido redactado por un extraño al contrato o por una de las partes del acto, se agrega además el caso especial de los contratos por adhesión que merecen particular atención.

No obstante, pueden enunciarse algunas normas básicas, sobre todo en materia de interpretación, aptas para todos los supuestos, como por ejemplo, la que sostiene que las cláusulas que modifiquen el texto de las impresas, deben prevalecer sobre aquéllas y, además, que en caso de duda deben interpretarse en contra de quien las redactó.

En definitiva, estimamos que el empleo de formularios facilita la instrumentación de negocios jurídicos y que, si ellos responden a una formulación conciente y dotada de correctos lineamientos jurídicos, pueden prestar notoria utilidad para la conclusión de contratos de frecuente celebración en la vida de la sociedad contemporánea.

Pero es evidente que, si no se adoptan disposiciones normativas adecuadas, pueden transformarse en un instrumento de injusticia que afecte el equitativo equilibrio de las posiciones de los contratantes.

De ahí que la ley del Consumidor, a la que más adelante hemos de referirnos, se ha ocupado de estas situaciones a fin de evitar abusos y paliar las diferencias originadas en el distinto poder contractual de las partes.

En cuanto a los contratos por adhesión, entendemos que se trata de una especie particular dentro del género de los de contenido predispuesto y consideramos que requieren especial atención de los juristas, ya que institucionalizan una situación de desequilibrio entre las partes que puede llevar a afectar las bases mismas del acuerdo.

En cuanto a la denominación, preferimos mantener la expresión "contrato" para poner de relieve la naturaleza jurídica que asignamos a estos actos y nos resulta más satisfactoria la preposición "por" y no "de" porque entendemos que pone más de manifiesto que no es una figura de un determinado tipo dentro de las contractuales, sino que sus características están dadas por el modo en que se perfecciona el consentimiento.

Formulada esta aclaración, señalaremos las características de esta figura sobre la base de las indicadas por Videla Escalada en su trabajo sobre el tema, en la obra realizada en homenaje al Dr. Héctor Lafaille.¹⁶

Es necesario, en primer lugar, que la oferta sea al público e irrevocable, lo que lleva a la simplificación del acuerdo. Esta exigencia representa un instrumento destinado a morigerar la excesiva desigualdad entre la partes originada en el distinto poder contractual que existe entre ellas.

Ante esta propuesta, su destinatario lo único que puede hacer es aceptarla o rechazarla, pero no cambiarla. Esto es así por la situación, si se quiere privilegiada, que tiene la parte fuerte del negocio quien

¹⁶ Videla Escalada, Federico, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Depalma, 1968, pág. 8.

por ejercer un monopolio, al menos de hecho, está en condiciones de ofrecer bienes o servicios que muy pocas personas o en algunos supuestos ninguna otra puede proporcionar.

De ello proviene la necesidad de que el Estado intervenga disponiendo las medidas necesarias, por ejemplo, para establecer si la voluntad jurídica de las partes se ajusta a las exigencias de la legislación vigente, o para lograr el indispensable equilibrio que debe existir entre los contratantes.

Sólo de este modo pueden utilizarse las ventajas de la simplificación del acuerdo y facilitar así la realización de actividades favorables para el bien común, sin desnaturalizar con ello los requisitos esenciales del contrato.

En definitiva, creemos que es correcto calificar de "contratos" a estos actos y aplicarles las pertinentes normas legales: si el aceptante no pudo tener conocimiento de las condiciones generales, pese a obrar con cuidado y diligencia, debe ser liberado de las obligaciones que no haya podido apreciar debidamente. Por ser la parte más débil, es necesario otorgarle una especial protección.

Por el contrario, si obró negligentemente, debe soportar las consecuencias de su modo de actuar descuidado.

Estas reflexiones nos llevan a confirmar que los contratos pre-redactados, en los que incluimos a los por adhesión, son verdaderamente contratos y por consiguiente se les deben aplicar las normas que regulan esa figura.¹⁷

Pero, lógicamente, por el modo especial en que se forma el consentimiento, requieren un tratamiento muy cuidadoso por parte del intérprete para que, en defensa de la equidad, que es la justicia en el caso individual, se tome en consideración la distinta situación en que se encuentran los contratantes.

De ahí que la ley en defensa del consumidor haya puesto singular énfasis en estas cuestiones ya que son aquéllos, los consumidores,

¹⁷ Videla Escalada, F., op. cit. pág. 18 y siguientes; Universidad Nacional de La Plata, "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", 1981, Ponencias, pág. 129 y siguientes.

los que se encuentran en la situación de inferioridad que hace necesario que se les otorgue una protección especial.

IV. *La ley de protección al consumidor y su problemática en relación directa con los contratos*

La ley 24.240, denominada de defensa del consumidor, fue sancionada en el mes de septiembre de 1993 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de octubre del mismo año.¹⁸

Esta normativa significó la culminación de una ardua tarea en la que participaron juristas, legisladores, entidades que agrupan a consumidores y en general todos aquellos interesados en una temática tan trascendente que hasta entonces no se había incorporado en el Derecho positivo.

Resultaba, por consiguiente, imprescindible llenar el vacío legislativo existente y por ello se dictó esta ley, cuya finalidad es garantizar los derechos de los consumidores mediante procedimientos eficaces que impidan que éstos se vean defraudados por quienes se encuentran en mejor situación en la relación contractual y estén prevenidos, desde la iniciación de la misma, sobre el modo en que deben concretarla.

Son muchos los países del mundo que han puesto de manifiesto la importancia de estas cuestiones y por ello han dictado leyes acordes con los problemas y las necesidades de los consumidores.¹⁹

El nuestro no podía quedar al margen de ese movimiento legislativo y conformarse con la presencia de disposiciones aisladas, insuficientes para constituir una garantía eficaz de los derechos que debían ser protegidos.

De ahí la sanción de la norma legal antes mencionada, cuya sistematización es la que sigue: Título I: Normas de protección y defen-

¹⁸ "Anales de Legislación Argentina", T. LIII - D 1993, pág. 4125.

¹⁹ España, ley 26/1984; México, Ley federal de protección al consumidor, 18/XII/75, etc, citadas por Taboada, Marcelo, "LL", 1994-A, pág. 768.

sa de los consumidores, el cual está dividido en los siguientes capítulos: I Disposiciones Generales; II Información al consumidor y protección de su salud; III Condiciones de la oferta y venta; IV Cosas muebles no consumibles; V De la prestación de los servicios; VI Usuarios de servicios públicos domiciliarios; VII De la venta domiciliaria por correspondencia y otras; VIII De las operaciones de venta de créditos; IX De los términos abusivos y cláusulas ineficaces y X Responsabilidad por daños.

El Título II se refiere a Autoridad de aplicación, procedimientos y sanciones y contiene los capítulos que siguen: XI Autoridad de aplicación; XII Procedimientos y sanciones; XIII De las acciones; XIV De las asociaciones de consumidores y XV Arbitraje.

Concluye la ley con el Título III que contiene dos capítulos: el XVI Educación al consumidor y el XVII Disposiciones finales.

Como se advierte, el temario es amplio y variado, razón por la cual sólo dedicaremos brevemente nuestra atención a aquellas disposiciones relacionadas más directamente con los contratos y que por lo tanto resultan de mayor interés para este trabajo.

Así, cabe señalar, en primer término, que el artículo 1º da una definición de consumidor a la que hemos hecho referencia anteriormente, la cual caracteriza al titular de la protección legal.

Coincide en términos generales con los conceptos que sobre el particular incluye el derecho comparado, pudiendo mencionarse, entre otras, la ley mejicana, la española, la portuguesa, etc.

En todas ellas caben en la calificación tanto las personas físicas como las jurídicas y se consideran consumidores a quienes contratan sobre bienes o con el propósito de obtener la prestación de un servicio. En ambos supuestos siempre que sean sus destinatarios finales, y que se recurra a esos bienes o servicios para uso personal, familiar o social.

Estas expresiones se refieren a las personas físicas, en lo que hace al uso familiar, y se incluye a ambas, físicas y jurídicas, en lo referente a lo personal y social.

A este concepto de consumidor se ha llegado a través del tiempo y luego de una evolución que ha puesto de manifiesto el propósito de extenderlo y de ese modo lograr una ampliación de la protección.

En las primeras épocas, como es sabido, sólo se incluyó en su ámbito a quienes adquirirían bienes para consumir, como por ejemplo los alimentos, pero posteriormente este criterio se ha extendido hasta llegar al concepto antes mencionado.

Estimamos que ese límite es correcto, ya que no participamos del modo de pensar de quienes entienden que debe incluirse en la denominación de consumidor a quienes adquieren elementos para industrializar o comercializar.

El criterio opuesto tornaría difusa la protección que la ley otorga y en definitiva su interés tuitivo terminaría perjudicando a quien en realidad reviste el carácter de consumidor.

Efectuadas estas reflexiones previas, pasamos a considerar algunas disposiciones específicas de la ley 24.240.

De entre ellas, cabe destacar las contenidas en el Capítulo III que se refiere a las condiciones que deben reunir las ofertas y las ventas, destacando que, cuando la propuesta se emite a persona indeterminada, obliga a quien la hizo durante el lapso en que se realice, debiendo incluir esa oferta la fecha de comienzo y finalización de la misma.

En las "XXV Jornadas de Derecho Civil" celebradas el mes de octubre de 1995 en la ciudad de Mar del Plata, con referencia a esta cuestión, pero para el supuesto de que no se hubiera fijado el plazo de vigencia, se resolvió que "la oferta vincula durante un lapso razonable, en consideración a las circunstancias", y que "la revocación anticipada compromete al empresario".

La ley exige, por otra parte, que cada vez que se realice una venta de cosa mueble se extienda un documento con todos los detalles y condiciones de la misma, el cual será confeccionado con letra clara y de fácil lectura y, por lógica, en idioma nacional (art.10).

Por otra parte, merece destacarse que el artículo 8º determina que el contenido de los avisos publicitarios obliga al oferente y las carac-

terísticas en ellos anunciadas se consideran parte del contrato celebrado con el adquirente.

Este precepto pone de manifiesto la importancia que en el mundo negocial contemporáneo ha adquirido la publicidad y tiene la finalidad de evitar que sea engañosa y origine los consiguientes perjuicios para el consumidor.

En síntesis, el proveedor asume una responsabilidad directa frente a su co-contratante por los elementos publicitarios con que anuncia sus productos.

Hay asimismo una norma que trata de las cosas usadas o reconstituidas, y exige que en tal caso se haga conocer esa circunstancia en forma clara y precisa.

Otra cuestión vinculada con la información que se le debe dar al consumidor está tratada en el capítulo II, donde se especifica que se le debe proveer en forma "veraz, detallada, eficaz y suficiente" de todos los datos sobre las características esenciales del producto de que se trate.

Asimismo, se agrega una obligación de protección fundada en que dichos objetos, utilizados en condiciones previsibles o normales, no impliquen peligro para la salud o integridad física de sus usuarios.

Como complemento, se incluye una previsión referida a las cosas y los servicios riesgosos, a cuyo respecto deben indicarse las medidas necesarias para evitar que causen daño.

También la ley prevé reglas específicas para las cosas muebles no consumibles (capítulo IV): impone la exigencia de una garantía legal por sus defectos o vicios de cualquier índole, el requisito de asegurar un servicio técnico adecuado, y el suministro de partes y repuestos.

A ello lo complementa con la atribución de responsabilidad solidaria por la constitución y el cumplimiento de dicha garantía a los productores, importadores, distribuidores y vendedores de los bienes de la especie contemplada en este capítulo.

El mismo concluye con disposiciones referidas a los vicios redhibitorios, de las cuales la última determina la no aplicación del artículo 2170 del Código Civil, que autoriza la eximición de esa

garantía legal cuando el adquirente conocía o debía conocer los defectos de las cosas, en razón de su profesión u oficio.

En realidad, esta norma responde al principio general antes comentado, que descarta la protección establecida por la ley a quienes revisten el carácter de profesionales en el ámbito al que pertenezca el negocio de que se trate.

Para cerrar este breve comentario, consideramos oportuno incluir la mención del artículo 3° referido a la materia de interpretación, dentro del cual cabe distinguir dos partes.

La primera dispone que los preceptos de la ley se integran con las normas generales y especiales aplicadas a las relaciones jurídicas que ha definido en el artículo 1°, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial.

La segunda establece: "En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor".

Como puede apreciarse, la norma aplica el mismo criterio hermenéutico que se utiliza en materia de contratos de contenido predispuesto, posición adoptada por el Código Civil italiano de 1942 y, en nuestro país, por proyectos de reforma a la obra de Vélez Sársfield.

V. *El reconocimiento constitucional de los derechos del consumidor*

Si bien es cierto que el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994 no menciona de manera expresa a la figura contractual, consideramos imprescindible destacar la inclusión de una norma específicamente destinada al derecho del consumidor dentro del texto de nuestra Carta Magna.

Por ello lo transcribimos. Dice: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección

de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control".

En nuestras conclusiones hemos de hacer referencia a la acertada previsión relativa a la indudable conveniencia de establecer procedimientos adecuados para prevenir y solucionar situaciones conflictivas como puede ser la institución de Tribunales de Menor Cuantía.

VI. Conclusiones

Para terminar con las reflexiones contenidas en este trabajo, juzgamos conveniente extraer las conclusiones que siguen:

1º) El derecho del consumidor constituye una nueva especialidad dentro de la enciclopedia jurídica.

2º) La nueva disciplina tiene manifiesto carácter tuitivo para quien reviste la calidad de parte débil en la relación contractual.

3º) Estas relaciones están reguladas por las normas generales referidas a la contratación y las específicas de la materia de que se trata. Estas últimas tienen prioridad sobre aquéllas.

4º) El fundamento de esa prioridad reside en el carácter social de las reglas específicas y de su naturaleza protectora de los derechos de la parte dotada de menor poder contractual.

5º) Por la misma razón antes señalada, la interpretación jurídica debe ser en favor del consumidor.

6º) La constitución de asociaciones de consumidores favorece la más efectiva vigencia de los derechos de sus integrantes.

7º) También es un instrumento favorable para ello la creación de Tribunales de Menor Cuantía para la resolución de los conflictos en los que los consumidores sean partes.

Información complementaria

Dado que con fecha reciente (octubre de 1995) se han celebrado en la Ciudad de Mar del Plata las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", incluimos como Apéndice las Recomendaciones Generales a que arribó la Comisión N° 3, dedicada al análisis del tema: "La protección del consumidor en el ámbito contractual", tanto de lege lata como de lege ferenda.

Fueron las siguientes:

A - De lege lata:

1. Los contratos celebrados por el consumidor son civiles o comerciales, según los criterios predominantes en el derecho positivo. Debe atenderse al criterio de los contratos "mixtos", del artículo 7 del Código de Comercio. La consideración del consumidor, como contraparte negocial, es inseparable de la actividad de la empresa.

2. Los "contratos de consumo" integran, en consecuencia, el ámbito de los "contratos de empresa", sujetos a la regulación nacida de la autonomía de la voluntad, pero sometidos a las normas imperativas de la parte general de los contratos, arts. 1137 y ss. del Código Civil.

3. El estatuto contractual del consumidor de la ley 24.240, sustentado por el art. 42 de la Constitución Nacional, constituye un "micro sistema", vale decir, una regulación específica, peculiar, acotada, que se complementa con las normas generales de los contratos de los Códigos Civil y Comercial, en todos los aspectos que no estuvieren expresamente modificados.

4. En cumplimiento del art. 38, primera parte, ley 24.240, la autoridad administrativa de aplicación debe proceder, sin más, a concretar la denominada "vigilancia" sobre las cláusulas abusivas de

los contratos por adhesión y de los celebrados en formularios, por áreas de contratación, buscando el consenso de proveedores y usuarios.

5. La regulación legal de las "ventas domiciliarias" y de las "operaciones de venta a crédito", en las cuales, a partir de los deberes impuestos por la buena fe negocial se han explicitado efectos tuitivos, debe servir de ejemplo para las "depuraciones" en otras áreas de la contratación.

6. La facultad de arrepentirse de un contrato es rechazada en el macrosistema, sobre la base de la justicia de lo acordado, atendiendo a la libertad e igualdad de los celebrantes. La solución opuesta, en el microsistema (que debe interpretarse como el ejercicio de una potestad resolutoria unilateral, sin responsabilidad), se justifica por la vulnerabilidad del consumidor, agravada en los supuestos contemplados (art. 34, ley 24.240).

7. La responsabilidad por los vicios o defectos de los productos elaborados, comprensiva de los daños intrínsecos y extrínsecos, es contractual, alcanza a todos los que han intervenido en la cadena de comercialización (productor, fabricante, titular de la marca, importador, distribuidor, vendedor), y se funda en un factor objetivo de atribución.

8. La noción de proveedores de cosas y servicios aparece clara en el art. 2 de la ley 24.240, y su interpretación alcanza a la denominada "relación singular".

9. La nulidad o ineficacia consagrada por el art. 37 de la ley 24.240, debe interpretarse en forma amplia, comprensiva de las hipótesis contempladas, y de otras que de forma análoga configuren cláusulas abusivas.

10. La ley 24.240 protege al consumidor también en las tratativas que llevan al contrato de consumo, con base en el principio general de la buena fe.

11. Para una mejor interpretación de las cláusulas abusivas, es conveniente distinguir entre las abusivas "generales" y las abusivas "particulares". Los pactos de limitación de responsabilidad son nu-

los, en cuanto involucran el derecho a la salud, pero pueden ser válidos si alcanzan a daños patrimoniales y no quiebran el equilibrio negocial.

12. La acción de amparo puede ser el camino idóneo para controlar la publicidad engañosa, desleal o abusiva.

13. La información detallada del art. 4 de la ley 24.240 tiende a facilitar la transparencia con que el consumidor debe prestar su asentimiento, ayudándole a formar su criterio clara y reflexivamente. Se quiere, además, que el consumidor posea toda la información necesaria, en razón de que el deber de información, relacionado con la buena fe, se proyecta en la etapa de ejecución del contrato.

14. En los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha contratado con él, pero ha participado en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento.

15. En materia de servicios profesionales, la incorporación de la publicidad a la oferta permite ligarla al consentimiento y en definitiva a la estructura contractual.

16. Cuando con base en la autonomía de la voluntad se crea una situación grupal que obstaculiza o impide el ejercicio de la libertad del consumidor, se genera una situación abusiva, un acto irregular, que da pie al ejercicio de una pretensión, por vía de la tutela inhibitoria al no impedimento de facultades.

17. La supletoriedad que menciona el art. 25, última parte, para la regulación de los servicios públicos domiciliarios, no alcanza a las cláusulas abusivas sancionadas en la ley 24.240.

18. El microsistema de protección al consumidor tiene carácter de "principio general informador del ordenamiento jurídico". Es operante en la interpretación y aplicación de la legislación en toda la materia contractual.

19. Deben considerarse implícitamente incluidas en el art. 33 de la ley 24.240 todas las modalidades de contratación fuera del local

comercial del proveedor y, en consecuencia, será aplicable a ellas el art. 34.

20. Las normas de la ley 24.240 referidas a la publicidad también se aplican a la "publicidad comparativa".

21. La oferta a persona indeterminada sin plazo de vigencia vincula durante un lapso razonable, en consideración a las circunstancias. La revocación anticipada compromete al empresario.

B. De lege ferenda:

1. La exclusión del art. 2, última parte, de los "servicios de los profesionales liberales", no se compadece con una democracia igualitaria ni con el ejemplo que dichos profesionales deben brindar a la comunidad.

2. La protección de los derechos del consumidor requiere, para ser efectiva, de un procedimiento ágil, accesible y gratuito, ante cuerpos integrados por letrados, en los que la mediación y el arbitraje resulten idóneos, incluso eximiendo a las partes de asistencia letrada obligatoria.

3. Debe incorporarse la locación de inmuebles al ordenamiento específico tuitivo del consumidor.

4. Se recomienda extender a siete días el plazo de reflexión del art. 34 de la ley 24.240.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y EL CONTRATO

José María Gastaldi

I. Introducción

El tema del que nos ocuparemos -la reforma de la Constitución Nacional y el derecho contractual- pone en el debate nada más ni nada menos que una de las aristas de la importancia de la Ley Fundamental en el derecho privado -no discutiremos si se mantiene la tajante distinción de éste con el derecho público-. Y una arista de enorme trascendencia, como es el derecho de los contratos.

Para quienes sostenemos -creo que con sobradas razones- que nuestra Carta Magna consagra principios liberales, que es liberal -en el buen sentido del término-, hablar de la esencia del derecho contractual es tanto como decir que se orienta en dichos principios, que le dan razón de ser y lo sustentan.

Por eso, no es nada nuevo para los estudiosos de los contratos vincular a éstos con la Constitución. Siempre lo he hecho, pero no soy el único ni he sido original.

Y remarco que siempre lo he hecho -al igual que otros doctrinarios-, para sustentar la postura de que en materia contractual la Constitución no necesitaba de reformas para servir de base a los principios de esta especie de acto jurídico, que acapara el mundo de los negocios y, por ende, tiene gran relevancia en las investigaciones jurídicas.

En tal sentido, comparto aquella opinión que puede resumirse con las palabras de González Calderón¹: "...sin necesidad de esperar un nuevo texto constitucional...la noble previsión y la acertada elasticidad de nuestra Constitución de 1853, cuyos textos amplios y comprensivos facilitan su adecuación a las modalidades y circunstancias de la evolución progresiva de la sociedad y a los intereses superiores de la Nación".

Puedo agregar que en materia del derecho contractual, esos principios se encuentran complementados por los del Código Civil, que en más de una ocasión calificué de sabios y geniales, que contribuyeron a la adaptación de instrumentos como el contrato, para evitar su crisis, que nunca fue cuantitativa sino cualitativa, pudiéndose amoldar a los nuevos vientos en virtud de esos amplios principios.

Por honestidad intelectual, quiero anticipar que fui uno de los tantos que consideré inapropiada la reforma de la Constitución Nacional, al margen de compartir o no algunas de las modificaciones que se adoptaron.

Anticipo también que en materia contractual, si bien se especifican algunos temas, no creo que necesitaran de una reforma para su reconocimiento, incluso ya ocurrido antes. Me refiero, por ejemplo, al llamado "derecho" de los consumidores -quizá mejor "derechos" de ellos, porque no creo que sea conveniente crearles una especialidad, especialidad que nos abarcaría a todos, porque todos somos en algún momento "consumidores"-.

Sobre el tema me he explayado en otras oportunidades y recientemente en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil² (Mar del Plata, octubre de 1995) por lo que no habré de detenerme, aunque sí efectuar luego alguna otra precisión.

¹ González Calderón, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 242.

² En colaboración con los Dres. Esteban Centanaro, Laura B. Príncipe y Miguel Angel Barbagallo, presentamos diversas ponencias en la Comisión sobre "La protección del

Otro ejemplo podría encontrarse en el reconocimiento constitucional expreso del "amparo", con un alcance que habrá que ir interpretando, pero que puede tener injerencia en el ámbito contractual, como en cualquier otro en que aparezca vulnerado un derecho individual.

Me he propuesto, aunque en apretada síntesis que puede introducir a estudios más profundos, pasar revista a varios temas:

1. Importancia de la Constitución Nacional para el derecho privado.
2. El derecho contractual y la Constitución Nacional antes de la reforma.
3. Reforma de 1994. Artículos nuevos implicados en el tema. Paso a ocuparme de ellos.

II. *Importancia de la Constitución Nacional para el derecho privado*

Creo que es innegable tal importancia, pero efectuaré algunas breves precisiones.

Por de pronto, no debemos olvidar que, como decía Bielsa: "La Constitución es una carta de contenido jurídico-político, que establece o reconoce derechos y garantías, sobre todo los derechos fundamentales concernientes a la libertad individual, como la libertad de trabajo, de locomoción, de enseñar y aprender, de opinión (palabra oral y escrita, o prensa sin censura previa) y otras formas similares. El ejercicio de esas libertades crea situaciones jurídicas que constituyen verdaderos derechos subjetivos, v. gr., el de propiedad, concebido como objeto y fin del trabajo del hombre. Las ga-

consumidor en el ámbito contractual". Como conclusión de ellas puedo señalar: a) Que la protección del consumidor, para ser efectiva, ha de necesitar el establecimiento de organismos que garanticen su defensa. En tal sentido, debe establecerse una justicia de "menor cuantía"; b) La protección del consumidor en las operaciones sobre inmuebles debe tener una legislación específica, que abarque los diversos aspectos en los que debe asegurarse su defensa, resultando insuficientes las normas de la ley actual; c) La educación del consumidor es la única forma de asegurar su defensa; educación "activa", respecto a que debe aprender a defender sus derechos, como "pasiva", respecto a que debe respetar el derecho ajeno.

rantías, sean expresas o implícitas, protegen esos derechos, tanto en la esfera política como en la judicial..."³

Este concepto -o similar- pude extraerlo de más de un constitucionalista u hombre de derecho, pero opté por elegir a Bielsa, no porque tuve el honor de ser discípulo de él -tanto al seguir sus clases como al rendir Derecho Administrativo, allá por 1959-, no por haber tenido el gusto de compartir con él más de una informal reunión, sino fundamentalmente porque fue un estudioso como pocos, con sólidos principios, con una inquebrantable fe en el derecho, un defensor de los derechos individuales como pocos.

Leer esos párrafos y llegar a la conclusión de la vigencia de la Constitución Nacional en el derecho privado es todo uno.

Páginas más adelante⁴ agrega: "Cuando se altera arbitrariamente una institución, se menosprecia el contrato al día siguiente de formarlo, enervándose su cumplimiento por disponerlo una arbitraria ley de orden público, o el juez obra según convenientes políticas...entonces el derecho es mera expresión formal, letra muerta y hasta parece aniquilarse. La certeza del derecho, que es una garantía esencial, falta entonces en la ley".

Queda entonces muy en claro la importancia de la Constitución Nacional en el derecho privado y particularmente en el contrato, al que Bielsa utiliza como ejemplo, para más adelante⁵ considerarlo como un "derecho fundamental".

Podríamos agregar que es en la Constitución Nacional donde se prevé el dictado por el Congreso de la Nación de los códigos de fondo, entre los que ocupa el lugar más destacado -respecto de los derechos individuales- el Código Civil. Y sin duda que la norma constitucional está marcando un claro camino para el derecho privado -recorremos que también prevé el Código la ley de bancarrotas-, cual es el de ajustarse -como no podría ser de otra manera, por tratarse de normas de menor jerarquía- a los principios constitucionales. No podría con-

³ Bielsa, Rafael, *Derecho Constitucional*, Introducción, p. 1.

⁴ Op. cit. en nota anterior, p. 7.

⁵ Op. cit. en nota anterior, p. 70.

cebirse un Código Civil que negara los derechos de la persona ni la libertad para ejercerlos.

Decía con razón ese eminente constitucionalista que fue Joaquín V. González, que "las leyes comunes o los Códigos significan la Constitución extendida a las relaciones de los individuos, las corporaciones, del Estado mismo en su carácter de persona privada."⁶

En el mismo sentido, Bielsa⁷ expresa que "Los derechos y las garantías individuales se *establecen* o se *reconocen* en la Constitución, y se *instituyen* y se *reglan* en las leyes que se sancionan en virtud de la Constitución...El derecho subjetivo nace de la ley o de la convención que protege la ley, e implica la atribución de un *poder jurídico* que consiste en *exigir el cumplimiento de un deber, impuesto por la ley o la convención*, y que se resuelve en un interés material o moral; se diría mejor contrato, en lugar de *convención*, pues ésta es el género..."

Ese sustento constitucional del derecho privado ha cobrado en los últimos tiempos aún una mayor importancia, al producirse el fenómeno que se ha calificado como el nacimiento del "derecho civil constitucional" o, más aún, del "derecho privado constitucional"⁸, que se habría originado fundamentalmente en las reformas constitucionales, al incorporarse temas propios del derecho privado. Aunque, en realidad, a mi criterio, al menos en nuestra Carta Magna originaria de 1853, existían -y no se han modificado- normas que consagraban o garantizaban materias propias del derecho privado. Lo relativo a los contratos, punto central de este trabajo, configura un claro ejemplo de lo que afirmo⁹. No obstan-

⁶ Cit. por Sabsay, Daniel A. y José M. Onaindía, *La Constitución de los argentinos*, 1995, p. 215.

⁷ *Derecho Constitucional*, p. 27 y ss.

⁸ Puede verse al respecto la amplia bibliografía que cita sobre el tema Rivera, Julio César, *El Derecho Privado Constitucional*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Edit. Rubinzal-Culzoni, n° 7 (Derecho Privado en la reforma constitucional), Santa Fe, 1994, pág. 27 y nota 1.

⁹ Lejos de negar Rivera, op. cit. en nota anterior, esta conclusión, la reafirma -ver pág. 33-, al manifestar que "algunas cuestiones de Derecho Privado están incorporadas a la Constitución desde su sanción en 1853", citando la protección de la personalidad (arts. 19 y conc. CN), de la propiedad (art. 17), aunque sostiene que tal exteriorización "ha sido parca".

te, se insiste en la doctrina¹⁰ respecto a que se ha producido la "constitucionalización" de temas del derecho privado en forma directa, utilizándose como ejemplo lo referido al daño ambiental -art. 41¹¹, 1er. párrafo, según reforma-, protección del consumidor -art. 42¹²- e incluso el amparo -art. 43, 3er. párrafo¹³-, como también alguno de los tratados incorporados por la Constitución Nacional en su actual art. 75.

En el marco establecido, veamos ahora en forma más concreta el contrato desde el punto de vista de la Constitución Nacional, antes y después de la reforma.

¹⁰ Volvemos a citar a Rivera, op. cit., p. 34 y 36.

¹¹ Art. 41 CN: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

¹² Art. 42 CN: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

¹³ Art. 43 CN, parte pertinente: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a

III. El derecho contractual y la Constitución Nacional antes de su reforma

Como cuestión introductoria no debemos olvidar que es en el Código Civil donde se sientan los principios generales concretos del derecho de la contratación, siendo que ese Código fue dictado sobre la base de la Constitución Nacional y por imperio de su primitivo art. 67, inc. 11¹⁴ (actualmente, art. 75, inc. 12¹⁵).

A su vez, entre otros antecedentes de nuestra Carta Magna, cabe citar la Constitución de los Estados Unidos de América, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y las *Bases* de Alberdi.

No voy a detenerme en mencionar uno por uno el contenido de los antecedentes, pero a modo de síntesis puede decirse que cabe tomar de ellos los principios que se refieren a que el hombre nace y permanece libre, a que la libertad consiste en hacer todo lo que no dañe a otro y que los derechos los limita la ley, a que nadie puede ser impedido de hacer lo que la ley no prohíbe u obligado a hacer lo que ella no ordena, que el derecho de propiedad es inviolable (arts. 1, 4, 5 y 17 de la mencionada Declaración), remarcando también Alberdi que debe reconocerse el derecho de propiedad y la libertad completa de trabajo e industria, en forma concreta, no por meras promesas¹⁶.

los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos...".

¹⁴ Art. 67, inc. 11, anterior redacción, parte pertinente: "Corresponde al Congreso...11) Dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería, y del trabajo y seguridad social (agregado por la reforma de 1957), sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales (agregado por la reforma de 1860)..."

¹⁵ Art. 75, inc. 12, actual: "Corresponde al Congreso: ...12) Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados (agregado por la reforma de 1994), sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales..."

¹⁶ Alberdi, Juan B., p. 121.

No está de más recordar que algunas de las Declaraciones o tratados a los que se ha otorgado en la reforma jerarquía constitucional -aunque limitada pues se deben subordinar a la Constitución Nacional y a los derechos y garantías que ella consagra- reconocen también expresamente similares derechos.

Baste traer a consideración que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), art. XVII, establece: *Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales*, reconociéndose también el derecho de propiedad, de asociación, etc. en ésta como en otras convenciones incorporadas.

Con razón se ha dicho¹⁷ que "es fácil advertir que el orden legal argentino se basa en el postulado de la libertad o el señorío de la persona. Así se desprende expresamente del texto de la Constitución Nacional...que...estructura todo un sistema que sirve de punto de partida a los derechos subjetivos".

También se dijo: "La libertad civil es el fin u objeto del hombre en una sociedad jurídica...es la facultad que tienen los hombres en una nación civilizada de gozar, de un modo consciente y autónomo, de sus derechos individuales, bajo la protección de la Constitución, y con sujeción a las limitaciones que ella establezca para garantizar la salud y la seguridad social¹⁸".

Asimismo se ha destacado que el art. 14 de la Carta Magna "constituye uno de los pilares de nuestro orden institucional, ya que...consagra en forma expresa el catálogo de derechos civiles esenciales para el desarrollo del Estado de Derecho...La norma se inicia con la consagración del principio de legalidad en virtud del cual los derechos se gozan conforme las leyes que reglamentan su ejercicio...La facultad reglamentaria tiene como límite el principio de razonabilidad consagrado en el art. 28 de la Constitución Nacional y que impide

¹⁷ Salerno, Marcelo U., *La libertad en el Código Civil*, "El Derecho", 83-793.

¹⁸ González Calderón, *Manual* ..., p. 16.

que la regulación derive en el cercenamiento o supresión del derecho reglamentado. Para resultar legítima la regulación, debe ser adecuada al fin que busca, y que consiste en permitir el ejercicio del derecho por sus titulares¹⁹".

Por otra parte, si bien todos los derechos fundados en normas constitucionales tienen igual jerarquía, la mayoría de la doctrina expresa que los derechos que se refieren a los atributos esenciales de la persona tienen rango superior y entre ellos está la libertad (junto con la vida, la integridad física y la igualdad). En el mismo sentido se ha considerado que los derechos derivados de tratados internacionales resultan inferiores a los enunciados en la Constitución Nacional²⁰.

Derecho a la libertad, a la libertad civil, a la facultad de usar y gozar de los derechos individuales, todo ello resulta claramente de nuestra Ley Fundamental.

Dentro de ese marco se ha señalado con razón que el contrato es el reino de la libertad, de la libertad jurídica, es decir, que tiene una especial preponderancia -al margen, obviamente, los derechos que protegen a la persona en sí-. Y cabe determinar si aquel principio tiene base constitucional. Contesto que sí y que la tiene en la versión original, en artículos no modificados. Diría, por suerte no modificados.

Es importante remarcar que es en el derecho contractual donde esa libertad jurídica aparece en todo su esplendor, pues a diferencia de otros derechos -los reales, o el de familia, por ejemplo- tiene una mayor amplitud, que se traduce no tanto en la fijación del contenido de un contrato como en la posibilidad de crear nuevas figuras contractuales, aspecto no permitido en los derechos reales y muy circunscripto -en cuanto a la modificación de los principios legales- en el derecho de familia o en el sucesorio.

¹⁹ Sabsay-Onaindía, *La Constitución de los Argentinos*, p. 44/5.

²⁰ Op. cit. en nota anterior, p. 46.

Es decir, que esa libertad basada en la Constitución tiene una de sus mejores expresiones en el Código Civil y dentro de éste en el derecho de los contratos, al amparo fundamentalmente del art. 1197²¹, que establece la obligatoriedad de los mismos, norma que se ha considerado el "pilar" de todo el derecho contractual.

Esa base constitucional se advierte ya en el Preámbulo, que asegura los *beneficios de la libertad*, y es en él, entonces, que se encuentra una primera base de la libertad en el ámbito de los contratos, atenta la generalidad de esa finalidad que se enuncia.

Pero existen otras normas -insisto, de la Constitución de 1853, no modificadas- que permiten sustentar el derecho contractual y la libertad que en él impera.

Fue López Olaciregui quien quizá con mayor énfasis se refirió al origen constitucional del contrato, aunque no podemos dejar de recordar las enseñanzas de Risolía en su magnífica tesis *Soberanía y crisis del contrato*, en que recorre con singular precisión el valor de la libertad en ese acto jurídico²².

Por mi parte, simplemente tomé esa base para partir siempre de la Constitución Nacional al hablar del contrato y, sobre todo, de su pilar que es la autonomía de la voluntad²³.

Cabe mencionar, fundamentalmente, los arts. 14 y 19, sin dejar de lado el 17 y el 33, y recordando también el 28²⁴.

²¹ Art. 1197 Cód. Civil: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". No son la ley, pero son obligatorios (sobre la comparación entre el contrato y la ley puede verse mi trabajo, *Contrato y ley. Contrato y sentencia. Contrato y actos administrativos*, en *Contratos II, Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico N. Videla Escalada*, Ed. Víctor P. de Zavallia, Bs. As. 1973).

²² López Olaciregui, José María, en Salvat, *Derecho Civil Argentino*, Pte. General, n. 249A; Risolía, Marco Aurelio, *Soberanía y crisis del contrato*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1946.

²³ Véase, entre otros, mis siguientes trabajos: *Contratos*, Ed. Abeledo-Perrot, vol. I, Bs. As. 1994, cap. I, p. 31 y cap. III; *El Código Civil y la libertad. Vigencia y perdurabilidad de la obra de Vélez Sarsfield* (A propósito de un Congreso Internacional sobre Vélez Sarsfield), "El Derecho", 119-731; *La moderna contratación en el Código Civil*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1983; etc.

²⁴ Transcribo los artículos en el orden en que los he citado en el texto:

Art. 14, parte pertinente: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes

En el primero, queda implícito el derecho de contratar, máxime la amplitud otorgada por el art. 33 a los derechos y garantías no enumerados. En el mismo art. 14 está el derecho de asociarse, implícito reconocimiento de los contratos asociativos.

En el 19 -que pocos recuerdan que Vélez repitió en su esencia en el art. 53 Cód. Civil²⁵-, se circunscribe aquello de no ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. En su base, se ha elaborado el tema de la libertad civil - se ha dicho por González Calderón²⁶ que aquel art. 19 es una definición exacta y completa de la libertad civil- y su limitación en el derecho ajeno. Este autor cita a Alcorta, cuando sostiene que la libertad civil "es la facultad de practicar los derechos que constituyen la personalidad, y que, si bien no nacen de la ley, ésta los garantiza".

También se ha sostenido: "Libertad civil es la ausencia de toda traba exterior que pudiera oponerse al cumplimiento del deber moral de parte del individuo...El hombre es libre cuando ningún obstáculo le estorba la observancia del deber moral, y llamo derechos civiles, todas las garantías que con ese objeto está obligada la comunidad a establecer en beneficio de cada uno...la libertad civil constituye un

derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar...de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles..."

Art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Art. 17 (parte pertinente): "La propiedad es inviolable..."

Art. 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Art. 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

²⁵ Art. 53 Cód. Civ.: Refiriéndose a las personas: "Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política".

²⁶ González Calderón, *Manual...*, p. 132.

deber general: el de respetar el derecho ajeno en todos y en cada uno de los individuos que componen la sociedad... La ley debe coartar todas las libertades para garantizar todos los derechos, reprimiendo los actos que agraven el de tercera persona..."²⁷

El derecho de propiedad, garantizado por el art. 17, nadie duda de que es la base del contrato, que es un acto de contenido patrimonial, que regula derechos en el ámbito patrimonial, como dijera al conceptualarlo Videla Escalada²⁸, en definición que hemos compartido.

Por su enorme trascendencia, habré de detenerme en la prospectiva de este derecho desde la Constitución Nacional.

Dicen los constitucionalistas²⁹ que la propiedad privada que garantiza la Carta Magna es la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que componen o integran el patrimonio. Lo mismo es propiedad un inmueble, que una vaca, que un crédito, o un contrato de hipoteca, o un invento.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que "El término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 CN o en otras disposiciones... comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho

²⁷ Estrada, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Edit. Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez, t. I, Bs. As. 1927, p. 15, 17 y 122. Este doctrinario, citando a Montesquieu señala que la libertad moral consiste en poder hacer lo que se debe querer.

²⁸ Videla Escalada, Federico, *Visión General del Contrato*, en *Contratos I, Cátedra del Dr. Videla Escalada*, 1971, p. 9 y ss.

²⁹ González Calderón, *Manual...*, p. 237. Decía Estrada, *Curso...*, p. 176: "El derecho de propiedad implica el de crear valores por todos los medios lícitos y conducentes, es decir, que de su reconocimiento se sigue la libertad de industria, de tráfico y de comercio" (aclara en nota que debe ser reglamentado por leyes del Congreso). En pág. siguiente agrega, también en nota, que la libertad de industria, comercio y navegación...precisa del principio de que todo hombre es dueño de aquello que produce y que puede disponer libremente de lo que le pertenece como propietario, aclarando que tales libertades no son concesiones efímeras hechas por la Constitución, sino que derecho es cualquier franquicia o garantía que los hombres pueden recíprocamente exigirse en cumplimiento de su ley moral.

privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados y públicos)"³⁰.

Como ejemplo del alcance del derecho de propiedad, podemos recordar lo sucedido con las primeras leyes de emergencia locativa.

La 11.157, en noviembre de 1921, fue declarada por la Corte³¹ constitucional por ser de "emergencia", pues al derecho de fijar el precio por parte del propietario -aspecto de su libertad civil- se le oponían circunstancias especiales que hacían viable la intervención del Estado en miras al interés público, en protección de intereses vitales de la comunidad.

Pero esa misma ley se consideró, también por la Corte, no aplicable a una relación contractual anterior a su dictado por afectar un derecho adquirido³².

Finalmente, en 1925³³ la Corte declaró inconstitucional la aplicación de la ley, por entender que ya no existía la "emergencia" que la justificaba.

No está demás recordar que en cuanto al tema de la *función social de la propiedad*, el Alto Tribunal se expidió en más de una ocasión, pero en un precedente de 1924, ya decía: "Es un principio indiscutible, nacido de la naturaleza misma del buen orden civil de la sociedad, que todo propietario, por absoluto que sea su título, lo tiene con la condición implícita de que su uso no pueda ser perjudicial al derecho igual de los demás ni a los de la comunidad"³⁴.

En el precedente "Gaillard de O' Neill", la Corte hizo referencia a que la evolución del concepto de la propiedad para ajustarlo al sentido social de su función, se ha estado cumpliendo en el país sobre la base de la interpretación adecuada de las disposiciones del derecho común, *sin necesidad de esperar nuevo texto constitucional*. Veremos que esto mismo opino en cuanto al derecho contractual. De

³⁰ CSJN, "Fallos", 145-307, cit. por González Calderón, *Manual*, p. 327.

³¹ Causa "Ercolano".

³² Causa "Horta".

³³ Caso "Mango".

³⁴ "Fallos", 142-80.

cualquier manera, la incorporación de la Convención Americana sobre derechos humanos -llamada "Pacto de San José de Costa Rica"- como uno de los tratados con jerarquía constitucional, de acuerdo con el art. 75, inc. 22, CN según reforma de 1994³⁵, reconoce el derecho a la propiedad privada y establece expresamente la función social de la misma, conforme su art. 21³⁶.

Finalmente, en esta breve síntesis, recordamos el art. 28, que protege los derechos y garantías, al no permitir que sean "alterados" por las leyes que los reglamentan, principio de aplicación también al derecho contractual.

En síntesis, en la Constitución Nacional de 1853 existían principios que fundamentaban el derecho contractual, principios que no han sido modificados y mucho menos alterados por la reforma. En tal aspecto, ésta no es, pues, la base del derecho contractual, sino que lo son las normas del texto constitucional en su redacción originaria.

IV. Reforma de 1994. Artículos nuevos implicados en el tema

Plantearé varios interrogantes y trataré de contestarlos.

IV.1. ¿La reforma modifica la letra de los artículos implicados en el derecho contractual en general?

Ya está contestado. La respuesta es negativa.

³⁵ Art. 75, inc. 22, parte pertinente: "...la Convención Americana sobre derechos humanos..., 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" (se refiere a las Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación).

³⁶ Art. 21 de la citada Convención, parte pertinente: "Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social..."

IV.2. ¿La reforma modifica el espíritu de la Constitución? ¿Deja de ser liberal?

En este caso, la respuesta puede extenderse y es conveniente extenderla más allá del ámbito contractual.

La reforma no ha alterado sus principios liberales, máxime que la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma, en su art. 7 -no del todo respetado- prohibió introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías³⁷.

Como ha dicho Bidart Campos³⁸: "Todo cuanto se ha agregado, se ha suprimido, se ha enmendado, más las disposiciones transitorias, están dentro de la Constitución. Pero también está dentro todo lo que ha permanecido incólume después de la reforma, y es imprescindible que, con eso que en la doctrina española se denomina la unidad de sentido de la Constitución, todos emprendamos la búsqueda de una comprensión del contexto total que, como siempre hemos dicho, no es únicamente letra, sino además espíritu (o filosofía política) y raíz (o razón) histórica."

IV.3. ¿Agrega algo la reforma en el ámbito contractual?

En el ámbito contractual, quizá pueda decirse que la reforma ha agregado un aspecto que puede considerarse muy importante, cual es el derecho del consumidor. Incluso, la protección por medio de la acción de amparo, que expresamente se confiere al "usuario" y al "consumidor" -¿no son términos similares, o, al menos, el primero no está comprendido en el segundo?-

Respecto al rango constitucional expreso que ha otorgado a los derechos del "usuario" y del "consumidor" por el art. 42, cabe preguntarse si era necesario conferirles en forma expresa tal rango. ¿No bastaba con la protección a los derechos individuales que tenía la CN? ¿Se pretende crear un derecho especial que, en definitiva, alte-

³⁷ Ley 24.309, art. 7: "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional".

³⁸ Prólogo al libro de Sabsay-Onaindía, cit. en nota 6.

raría el principio de igualdad? Al decirse que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, ¿no se está estableciendo un principio excluyente para los restantes derechos?. Con respecto a los restantes, las autoridades ¿no deben proveer igualmente a su protección?

Estos interrogantes parecen banales, porque la respuesta es obvia dentro del marco de la Constitución Nacional. Pero entonces cabe preguntarse el porqué de una protección que se quiere dar a entender muy especial.

En definitiva, según como se mire todos somos consumidores en algún momento, lo cual puede atemperar de alguna manera la idea de protección sólo a grupos o determinadas personas.

Sostengo que, en realidad, el derecho del consumidor estaba protegido en la Constitución Nacional antes de su reforma, en la medida en que se quisiera hacer uso de la reglamentación legal del mismo. Prueba de ello es que la ley de defensa del consumidor vigente se sancionó antes de la reforma y a partir de allí se estableció una concreta protección que, dicho sea de paso -con Constitución reformada o no- todavía no funciona. El consumidor no se siente protegido, ni se sentirá tampoco porque aparezca la norma en la Constitución Nacional, sino cuando se concrete en aspectos positivos esa protección³⁹.

Los conflictos sobre el punto sólo serán superados si, a la luz de la premisa constitucional, se estatuyen normas inferiores que obtengan su fundamento en un criterio global y coordinado con el resto del ordenamiento⁴⁰.

Precisamente, se ha dicho que tal norma de la Constitución Nacional es programática, pues deriva al legislador los métodos de protección⁴¹. Asimismo, que para garantizar el derecho del consumidor se utilizan valores de reconocido rango constitucional anterior a la in-

³⁹ Así se ha sostenido en varias ponencias, entre ellas las del suscripto y colaboradores citadas en nota 2, en las XV Jornadas de Derecho Civil, Mar del Plata, octubre de 1995.

⁴⁰ Ponencias citadas.

⁴¹ Sabsay-Onaindía, *La Constitución...*, p. 148.

roducción de la norma, como la libertad, la igualdad, el derecho a la información, la protección de la propiedad en sentido constitucional, la integridad psicofísica y la seguridad⁴².

Completa el panorama del consumidor el art. 43 que, al regular el amparo, establece una protección especial para el mismo, al permitir que sea defendido por el defensor del pueblo o las asociaciones constituidas a esos fines.

Pero, insisto, el consumidor no se sentirá defendido -ni podrá defenderse adecuadamente- si no se establecen los resortes necesarios para ello, una obra educativa y cultural, ayudada por normas claras y un procedimiento ágil y económico, rápido pero seguro, en donde sus derechos se vean suficientemente garantizados⁴³.

Mientras tanto, no serán suficientes las normas constitucionales, que, como en otros casos, aparecerían así con un sentido meramente declamativo.

V. A modo de conclusión

En resumen y a modo de conclusión, considero que el derecho privado tiene su sustento fundamental en la Constitución Nacional -antes y después de la reforma-.

En el tema específico que nos ocupa -el derecho de los contratos- también son las normas constitucionales las que le otorgan respaldo, magníficamente complementadas por los principios del Código Civil.

⁴² Op. y loc. cit. en nota anterior.

⁴³ Así se reconoció en las Jornadas citadas en nota 23. Es apropiada la cita del siguiente párrafo de la Encíclica *Centesimus Annus*, de Juan Pablo II: El consumismo "hace necesaria y urgente una gran obra educativa y cultural, que comprenda la educación de los consumidores para un uso responsable de su capacidad de elección, la formación de un profundo sentido de responsabilidad en los productores y sobre todo en los profesionales de los medios de comunicación social, además de la necesaria intervención de las autoridades públicas" (párrafo 36).

Afortunadamente, tales normas no han sido alteradas por la reforma de 1994, como tampoco se ha alterado el principio liberal de la Carta Magna, por lo que podemos seguir creyendo en la autonomía de la voluntad, al margen de que existan precisiones actuales constitucionales respecto de la defensa del consumidor -como de la parte débil del contrato, en general-, pues ello no implica de ninguna manera la destrucción de aquel elemental principio, sino colocarlo dentro de los límites que otras garantías constitucionales y las leyes como el Código Civil determinan.

EL DERECHO AL NOMBRE EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. INCIDENCIA SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL PAÍS EN LA MATERIA.

Ernesto E. Nieto Blanc

1. Introducción. Convenciones incorporadas a la Constitución Nacional que se refieren al nombre de las personas físicas.

El presente estudio tiene por objeto determinar la incidencia que pueden asumir las normas que contienen las Convenciones internacionales que se han incorporado a la Constitución Nacional en la reciente reforma del año 1994, con relación al nombre de las personas individuales o físicas, sobre las disposiciones que regulan esta materia en el derecho interno del país. Resulta importante el análisis por cuanto, según lo establece el artículo 75, inciso 22, del texto aprobado por la Convención Constituyente reunida en Santa Fe-Paraná durante el año 1994, aquellos tratados revisten jerarquía constitucional y como tales tienen rango superior a las leyes nacionales, que deben subordinarse a los mismos, debiéndose juzgar si quedan directamente abrogadas o modificadas en cuanto se les opongan. Dichos tratados o convenciones están enumerados en el citado artículo 75, inciso 22, algunos de los cuales traen disposiciones vinculadas al

nombre de las personas físicas, a veces con menciones meramente genéricas y otras más específicas, que son las que interesan a los fines del presente estudio. Su enumeración es la que sigue:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, el día 19 de diciembre de 1966, aprobado por la ley nacional 23.313. El artículo 24 de dicho Pacto, referido a los derechos del niño, en su inciso 2, dice: "Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y *deberá tener un nombre*" (en este caso y en los demás, en bastardilla lo que interesa).

- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, aprobada por la ley nacional 23.849. El artículo 8 de esa Convención establece: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, *el nombre* y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

- Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1959 (Res. 1386 -XIV-), cuyo Principio 3 dispone: "El niño tiene derecho desde su nacimiento *a un nombre* y a una nacionalidad".

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979 y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980, aprobada por la ley nacional 23.179 del 8 de mayo de 1985. El artículo 16 de la referida Convención, en lo pertinente, establece: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados *con el matrimonio y las relaciones familiares* y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ... c) Los *mismos derechos* y responsabilidades durante el matrimonio... d) Los *mismos derechos* y responsabilidades *como progenitores*, cualquiera

que sea su estado civil, *en materias relacionadas con sus hijos ... g) Los mismos derechos personales* como marido y mujer, entre ellos *el derecho a elegir apellido*, profesión y ocupación".

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en la Ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por la ley nacional 23.054, sancionada el 1º de marzo de 1984. El artículo 18 de esa Convención -o Pacto de San José de Costa Rica, como es de uso llamarla- dispone: "Derecho al nombre. Toda persona *tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o de uno de ellos*. La ley reglamentará la forma *de asegurar este derecho para todos*, mediante nombres supuestos, si fuere necesario".

2. Convenciones que hacen mención genérica del nombre.

De las cinco Convenciones citadas, las tres primeras carecen de importancia con respecto al tema investigado, dada su remisión genérica al "nombre" de las personas, el que está ampliamente regulado y protegido en el país, a través de normas nacionales, contenidas actualmente en la ley 18.248 del 10 de junio de 1969, con sus modificaciones parciales posteriores (leyes 23.162, 23.264 artículo 14, y 23.515 artículo cuarto), sin perjuicio de las normas anteriormente existentes sobre la materia, como el decreto-ley 8204/1963, del 27 de setiembre de 1963 (artículos 43 a 46) y 11.609 del 13 de octubre del año 1943, ratificado éste por la ley 13.030 y aquél por la ley 16.478, entre otros ordenamientos. Por lo tanto, quedan al margen de este análisis.

3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

En cuanto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -cuarta de las cinco Conven-

ciones citadas-, que equipara en sus derechos personales a la mujer casada con el marido -entre los supuestos contemplados-, incluyendo el de "elegir apellido", procede observar que no armonizaba con el artículo 8 de la ley 18.248, en su texto originario, que establecía en su primer párrafo: "La mujer, al contraer matrimonio, añadirá a su apellido el de su marido, precedido por la preposición 'de'", agregando limitadamente que si "fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera", podría seguir usándolo después de contraído el matrimonio "para el ejercicio de esas actividades". Pero, con la reforma dispuesta a ese artículo por la ley 23.515 del 3 de junio de 1987, el mismo establece: "Será optativo para la mujer casada, añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición 'de'". Con tal modificación la oposición desaparece, quedando en libertad la mujer casada de hacer uso, o no, del apellido del marido, agregándolo al propio, y así en paridad de trato normativo con el esposo, si bien procede observar (como se ampliará más abajo) que ni nuestros ordenamientos legales sobre el nombre, en sus diversas variantes, ni nuestra costumbre social, han contemplado la posibilidad de que el cónyuge varón agregue a su apellido el de la esposa, ni -menos- suplante el suyo por el de aquélla, como ocurre en otros países, por ejemplo del Este europeo, pudiendo citarse el caso de Rusia, cuyo Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela, en su artículo 7º, al reglar los derechos y obligaciones de los cónyuges, establece: "Al registrarse el matrimonio, los cónyuges pueden hacer una declaración sobre su deseo de llevar como apellido común el del marido o el de la mujer, o bien conservar sus respectivos apellidos prenupciales". En caso de divorcio, al procederse a su registro "los cónyuges indicarán el apellido con el cual cada uno de ellos quiera denominarse en lo sucesivo", y si no media acuerdo "se atribuirá a cada uno de ellos el apellido prenupcial" (art. 21) -V. "Legislación Soviética Moderna", citada en la Bibliografía, páginas 30 y 33-. A su vez, el Código Civil Chino de 1929-1931, al regular los efectos generales del matrimonio (Libro IV, Título III), dispone en el artículo 1000 que, salvo convención contraria de las partes, "la mujer hace preceder su nom-

bre del nombre de su marido, y el *chui-fou* hace preceder su nombre por el de su mujer" (el "Chui-Fou" es el esposo que, al casarse, entra en la casa -"la maison"- de su mujer, conviniendo aclarar que en el Capítulo Sexto que lleva por título: "De la Maison", el artículo 1122 dice que: "Una casa [maison] es un grupo de parientes o afines ["alliés"] que habitan juntos con el fin de vivir en común de una manera permanente". La "maison" -que viene a representar una comunidad de personas, que conviven-, tiene un jefe y sus componentes son "miembros" de la misma -artículo 1123-. Es decir, que cuando el marido, al casarse, ingresa a la comunidad de que forma parte su esposa, es un "chui-fou" y entonces hace preceder su nombre por el de ella).

Frénte a la reforma dispuesta por la ley 23.515 mencionada, considero que el supuesto no requiere más comentarios, al no existir discrepancia sustancial entre la norma local vigente y la contenida en la Convención de que se trata. Refuerza esta conclusión el texto del artículo 9 de la ley 18.248, también modificado por la ley 23.515 (consagró el divorcio vincular), que en el caso de la separación personal, da opción a la mujer para llevar ("o no" precisaba el texto original) el apellido del marido, e igualmente el artículo 10 de la citada ley 18.248, que autoriza a la mujer viuda "para requerir ante el Registro del Estado Civil, la supresión del apellido marital", exigencia en verdad innecesaria dado lo dispuesto por el artículo 8 -antes aludido-, pero que viene a acordar como resultado final, la equiparación -con el marido- que dispone la Convención aprobada por la ley nacional 23.179 del año 1985.

En cambio sí era observable la disposición que contenía el artículo 2 de la ley nacional 18.248, al establecer que la elección del nombre de pila de toda persona natural: "corresponde al padre", y sólo "a falta, impedimento o ausencia de él, a la madre...". La discriminación frente a la mujer resultaba patente y contradecía lo reiteradamente declarado por la Convención que se contempla, ya en sus Considerandos, ya en su proficuo articulado, de que es fundamental el principio de la igualdad del hombre y de la mujer, debiendo adop-

tar los Estados Partes: "todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (artículo 2, inciso g), confirmando el artículo 16 ese compromiso ("eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ... d) Los mismos derechos...como progenitores, cualquiera sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos..."). El Congreso de la Nación asumió prontamente el expreso compromiso contraído por la República Argentina al suscribir dicha Convención, que se aprobó por la ley 23.179 del 8 de mayo de 1985. En efecto, con fecha 25 de setiembre del mismo año, se sancionó la ley 23.264, cuyo artículo 14 sustituyó el citado artículo 2º de la ley 18.248, estableciendo ahora su texto que la elección del nombre de pila de las personas naturales: "corresponde a los padres", como principio básico, imponiendo así la igualdad de los progenitores, en paridad de trato normativo, agregando -como antes- que: "a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, corresponde al otro..." la elección referida. Con tal reforma, la legislación vigente en la materia armoniza con la igualdad del hombre y la mujer que la Convención declara con énfasis, desapareciendo la discriminación desestimada a que se aludiera al comienzo de este párrafo.

No obstante, restan otros aspectos en que la desigualdad de trato normativo subsiste, como se verá en los dos puntos que siguen.

4. Pacto de San José de Costa Rica.

Cabe examinar ahora la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que contiene el artículo 18, arriba transcripto, adoptando un texto que merece especial reflexión y un atento análisis. No es en cuanto consigna que toda persona: "tiene derecho a un nombre propio", aludiendo al llamado

"prenombre", que está ampliamente reglamentado en la ley nacional vigente (18.248), sino en cuanto establece que: "toda persona" tiene derecho "a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos", sobre todo esta última disposición, que en apariencia permite optar por la atribución del apellido de uno de sus padres, que podría ser el de la madre y no el del padre. La expresión que usa el artículo: "sus padres", significa referirse al "padre" o a la "madre" de la persona, siendo común en las normas que al mentar ambos, utilicen la expresión "padres", incluyendo en ella al padre propiamente dicho y a la madre. Ejemplo de lo dicho es la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, aprobada por la ley 23.849/1990¹, que usa la expresión "los padres" en numerosos artículos, para referirse al padre y a la madre del niño (v. artículos 9, puntos 1 y 3; 10, punto 2; 14, punto 2; 18, punto 1 -donde alude a "ambos padres"-; 21, inciso a); 23, puntos 2 y 3; 24, punto 2, inciso f); 27, puntos 2 y 4).

Al confrontar aquella norma sobre los apellidos, de la Convención analizada, con la legislación vigente en el país, regulatoria del tema, se aprecia una notoria diferencia. En efecto, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 de la ley 18.248, del 10 de junio de 1969²: "Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre". Agrega que a pedido "de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre", y acuerda el derecho del interesado, a partir de la fecha en que cumpla dieciocho años de edad, a solicitar ante el Registro del Estado Civil, se le autorice: "a llevar el apellido compuesto del padre o el materno". De modo que, de acuerdo con dicho texto, resulta obligatorio ("Los hijos matrimoniales llevarán..."), la imposición del primer apellido del padre; anexar el materno es una mera opción. Debe, pues, determinarse si esa norma interna, de carácter nacional, queda modificada o derogada por la que trae la Convención estudiada, que tiene jerarquía constitucional, estan-

¹ Ver "supra", punto 1.

² Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 24 de junio de 1969.

do así por encima de ella, en el caso de aceptarse que la segunda es directamente operativa, o bien -como parece preferible interpretarlo-, requiere por parte del Congreso de la Nación que introduzca a la ley interna (18.248), las modificaciones necesarias que la armonicen con lo establecido por dicha Convención internacional. Esta segunda interpretación se ajusta a lo previsto por aquélla, en cuyo Capítulo inicial, punto 1 del artículo 1º, se consigna el compromiso de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención "y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción", sin discriminación alguna "por motivos de...sexo...o de cualquier otra índole, ...nacimiento o cualquier otra condición social", disponiendo el artículo 2º que si el ejercicio de dichos derechos y libertades "no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Ello lo ratifica el citado artículo 18, al prescribir en su segunda parte, luego de consignar el derecho de toda persona a un nombre propio "y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos", que: "La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos...". Es aceptable, entonces, la conclusión de que la norma de la Convención no opera directamente, siendo imprescindible la ley reglamentaria respectiva, que está obligado a dictar el Congreso de la Nación, ajustando y modificando las leyes existentes en la materia, que respeten el compromiso internacional asumido³.

El contenido de la disposición que se analiza no resulta -cabe observar- enteramente claro y preciso, pudiendo entenderse la distinción que expresa -"al apellido de sus padres o al de uno de ellos"- como referida en su primera parte a la existencia de ambos progenitores (padre y madre), como en el caso de los hijos matrimoniales o de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres,

limitando la segunda mención al supuesto del solo reconocimiento (v. gr.) del hijo extramatrimonial por uno de ellos (de ahí el alcance de la mención "o al de uno de ellos"), pero no parece correcta esa interpretación. Resulta evidente la tendencia universal de equiparar la situación legal del hombre y de la mujer -salvo los supuestos que, por su naturaleza, atienden sólo a la mujer, como en el caso de hallarse embarazada, cuando se le conceden derechos especiales que obviamente no alcanzan al varón-. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ya mencionada (que suscribió nuestra República el 17 de julio de 1980 y aprobó la ley 23.179 del año 1985), consagra repetidamente la igualdad del hombre y de la mujer ante la ley, siendo destacable, en particular dada la materia examinada, el artículo 16, que en su punto 1 -como ya se destacó- establece que los Estados Partes "adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares", asegurando "en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres", los derechos que enumeran los incisos c), d) y g), antes transcritos y comentados. Además, en el artículo 2º, después de consagrar varias disposiciones tendientes al mismo fin (protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación) y de asegurar por los medios apropiados la igualdad del hombre y de la mujer con el más amplio alcance, agrega que los Estados Partes se comprometen a disponer las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, usos, etc. que constituyan trato diferencial contra la mujer, lo que reafirma la conclusión de que en el caso se hace necesaria la "modificación" o "derogación" de las normas locales que pugnan contra esa igualdad y que contradicen el reiterado principio de suprimir toda ley o disposición existentes en cada país contratante, que suponga un acto de discriminación contra la mujer, prohibido con tanta vehemencia repetitiva.

³ Conforme con este criterio, Rivera, op. cit. en la Bibliografía, página 538.

5. *Comentarios sobre las reformas del Código Civil español, vinculadas al nombre de las personas físicas.*

Sobre el tema importa recordar la reforma que se aprobó en España a su Código Civil, acatando la Constitución de 1978, cuyo artículo 14 proclamó que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo⁴. Entre otras reformas, al modificar el régimen sobre filiación (Título V, del Libro I), la ley 11 del 13 de mayo de 1981, agregó al artículo 109 de aquel Código, el siguiente párrafo: "El hijo, al alcanzar la mayor edad podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos". Sabido es que España, desde largo tiempo atrás y por una antigua tradición, adoptó el sistema del doble apellido, que recogió la ley de Registro Civil, del 8 de junio de 1957, cuyo artículo 53 dispone que: "Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno", siendo aceptado -pese a que el orden de precedencia no está establecido de modo expreso por la ley- que el apellido paterno se anteponía al apellido materno. No obstante, la reforma citada del año 1981 alteró esa precedencia al autorizar al hijo, una vez que alcanzare la mayoría de edad (18 años cumplidos, según el artículo 315, primera parte, del Código Civil), a solicitar "que se altere el orden de sus apellidos", pudiendo por lo tanto pedir que el apellido materno se anteponga al apellido paterno.

Al respecto, cabe destacar que esa "alteración en el orden de los apellidos", estaba ya contemplada con anterioridad, pero para un supuesto especial. En efecto, de acuerdo con el artículo 55 de la citada ley de Registro Civil: "los hijos reconocidos sólo por la madre llevarán los dos primeros apellidos de ésta, pudiendo, si así lo desean, invertir su orden", agregando el artículo 198 del Reglamento de dicha ley, según la redacción que le dio el Decreto del 22 de mayo de 1969, que tal inversión de los apellidos maternos "podrá formalizarse por el hijo o su representante legal, mediante simple declaración ante

⁴ Conforme Díez-Picazo y Gullón, op. cit. en la Bibliografía, página 248.

el Encargado del Registro del domicilio, en cualquier tiempo, y no surtirá efectos mientras no sea inscrita". El propósito de tales normas fue evidente: "Se trata de evitar que por el simple cotejo de los apellidos de la madre y del hijo pueda revelarse el origen extramatrimonial de la filiación"⁵. En cambio, la reforma del Código Civil, antes mencionada, tiene carácter general y comprende a todos los hijos, sin diferenciar el origen de la filiación. Se trata de un antecedente que debe tenerse en cuenta al desarrollar el tema que se analiza.

6. *Situación referida a los hijos extramatrimoniales y adoptivos.*

La observación efectuada en cuanto al apellido de los hijos se hace extensiva a la situación particular de los hijos extramatrimoniales y de los hijos adoptivos, conforme a lo reglado a su respecto por la ley nacional 18.248. Contemplo por separado cada uno de esos casos.

- *Hijos extramatrimoniales.* El artículo 5 de la ley antes citada, después de disponer que el hijo extramatrimonial "reconocido por uno solo de sus progenitores adquiere su apellido", agrega que: "Si es reconocido por ambos, sea simultánea o sucesivamente, adquiere el apellido del padre", pudiendo agregarse el de la madre, en la forma dispuesta por el artículo 4, para los hijos matrimoniales. Entiendo que hay en ello una nueva diferencia o "discriminación" en contra de la madre, que atenta contra el principio de igualdad de hombres y mujeres ante la ley, que declara y acepta con indudable amplitud la Convención ya aludida, siendo aplicables los conceptos expresados antes, al considerar la situación de los hijos matrimoniales. Por consecuencia, al revisar el Congreso de la Nación dicha ley 18.248 y sus disposiciones complementarias, cumpliendo con la Convención aprobada por la ley 23.179/1985, deberá modificarla también en cuanto

⁵ Francisco Luces Gil, op. cit. en la Bibliografía, página 158.

al aspecto aquí señalado, eliminando "la discriminación contra la mujer", antes mencionada.

- *Hijos adoptivos*. La ley nacional vigente 19.134, del 30 de junio de 1971, que rige la adopción, contempla la situación del adoptado, con relación al apellido, tanto en la adopción simple como en la adopción plena. En ambas el adoptado debe llevar el apellido del adoptante (artículos 17 y 23, de aquella ley). En el caso de la adopción plena el artículo 17 contempla el supuesto de que los adoptantes sean cónyuges, y dispone que a su pedido "podrá agregarse al adoptado el apellido compuesto del padre adoptivo o el de la madre adoptiva", y que: "En uno y otro caso, podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición".

Como se aprecia, la ley no establece el orden de los apellidos, pero sí lo hace el artículo 12 de la ley 18.248, al disponer: "cuando los adoptantes fueren cónyuges, regirá lo dispuesto en el artículo 4", es decir que el hijo adoptivo debe llevar el primer apellido del padre, sin perjuicio de poder agregarse el de la madre. No puede entenderse que esta disposición ha sido derogada por el dictado de la ley 19.134 -que es posterior- ya que, como antes se señaló, la misma no contempla en modo expreso esa situación. Por lo tanto, si el menor adoptado, cuando los padres adoptivos son cónyuges, debe llevar el primer apellido del padre, asoma la discriminación contra la esposa, vedada por la Convención que elimina todas las formas de esa discriminación contra la mujer, en general, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, que a su vez aprobó la ley ya referida 23.179 dictada por el Congreso Nacional el 27 de mayo de 1985. Procede, entonces, también en este caso, que el órgano legislativo mencionado modifique el artículo citado (12 de la ley 18.248), eliminando -como para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales- la desigualdad (discriminación) señalada. El razonamiento expuesto es extensivo a los hijos adoptivos, si la adopción es "simple", dado que el artículo 23 de la ley 19.134, a diferencia del artículo 17, no contempla el supuesto de que los adoptantes fueren cónyuges, por lo

que es aplicable directamente el artículo 12 de la ley 18.248, antes recordado.

7. Efectos de las reformas al régimen nacional sobre el nombre de las personas físicas. Los principios de la inmutabilidad del nombre y de la unidad familiar.

Como corolario del examen efectuado, corresponde considerar una cuestión importante que se presentará cuando el Congreso de la Nación efectúe las modificaciones y derogaciones de la legislación sobre el nombre, existente en el país, para ajustarla a los principios y declaraciones contenidos en los Tratados y Convenciones que se han incorporado a la Constitución Nacional, con la jerarquía que surge del nuevo artículo 75, inciso 22, luego de la reforma del año 1994, y asumiendo los compromisos resultantes de ellos por la República, al aprobarlos, y partiendo del criterio de que -en el aspecto aquí analizado- tales principios y declaraciones no tienen valor operativo directo, necesitando de las pertinentes reformas a las normativa interna, destacando que, de otro modo, la reforma que suponen tendría ya vigencia y las leyes locales contradictorias estarían derogadas o modificadas de pleno derecho, lo que no parece conveniente sin la previa reglamentación legislativa, que contemple y regule con claridad cada caso.

La cuestión a que se apunta es si tales reformas, con el nuevo "status" que introduzcan, pueden ser invocadas y reclamada su aplicación por las personas involucradas, v. gr. solicitando el cambio del apellido paterno por el materno, o la inversión del orden de los mismos, entre otros casos posibles. El problema que así se presenta es grave y no puede quedar soslayado en el presente análisis.

Considero que lo razonable es que el nuevo régimen normativo resultante tenga aplicación sólo a partir de la fecha de entrada en vigor de los cambios legislativos pertinentes, según lo estudiado, que se aprueben en adelante por el Congreso de la Nación, y para las nuevas situaciones que se presenten desde

entonces, sin poder invocarse para alterar las ya existentes, salvo los supuestos de estricta excepción, contemplados con criterio restrictivo, que los jueces podrán valorar en cada caso que se plantee. Por otra parte, la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, suscripta por la República Argentina el 23 de mayo de 1969, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas y que aprobara la ley 19.865 del 3 de octubre de 1972, consagra el principio de la irretroactividad de los tratados, cuyas disposiciones "no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor para esa parte..."

Esa solución prudente y de buen orden, que impone la seguridad jurídica, se apoya en el principio de la llamada "inmutabilidad" del nombre, tomado éste en su acepción amplia, es decir comprensiva del prenombre y del apellido, y que nace de su fijeza e inalterabilidad como criterio general. Es que esa inmutabilidad responde a intereses públicos y no sólo privados, por lo que ha sido adoptada por casi todos los ordenamientos civiles y que también contiene el artículo 15 de nuestra ley 18.248. La total libertad no es aconsejable al respecto. Lo ocurrido en Francia después de la Revolución de 1789 lo muestra con elocuencia. Sabido es que la Convención Nacional, en las circunstancias que expone Merlin⁶, aprobó la ley del 24 brumario del año II (14 de noviembre de 1793), que disponía: "...todo ciudadano tiene la facultad de nombrarse como le parezca, ajustándose a las formalidades prescriptas por la ley". Dados los abusos a que dio lugar esa norma permisiva⁷, la misma Convención Nacional, poco después (el 6 fructidor del año II -25 de agosto de 1794-), aprobó una ley de siete artículos, estableciendo el primero: "Ningún ciudadano podrá llevar como nombres (apellido) o prenombre otros que los expresados en su acta de nacimiento. Quienes los hubieran suprimido, que-

⁶ En su Repertoire, citado en la Bibliografía, palabra NOM, párrafo IV, Tomo Undécimo, páginas 521 y siguientes.

⁷ "Explosión de individualismo libertario", como con elocuencia dice Carbonnier, op. cit. en la Bibliografía, página 207 del Tomo I.

dan obligados a retomarlos", todo ello bajo pena de seis meses de prisión y la aplicación de una multa -artículo 3^o-⁸. Más tarde, el Cuerpo Legislativo aprobó otra ley el 11 germinal del año XI, la que en sus títulos 1 y 2 reglamentaba restrictivamente el uso de prenombrados (Título 1) y el cambio de los Nombres (Título 2)⁹. Esas normas, que todavía -se acepta por la doctrina- mantienen su vigencia, consagran las bases fundamentales que rigen la materia del nombre (incluyendo prenombrados y apellidos), y que después se afianzaron en la mayoría de las legislaciones, conformando el criterio cardinal del que debe partirse en esta delicada materia.

Como cierre de la exposición, cabe tener presente al valorar lo antes expuesto, también, el principio de la unidad de la familia, que guarda conexión con todo lo atinente al nombre, especialmente en cuanto respecta al apellido, que se relaciona con dicho principio, pero que tampoco tiene carácter absoluto, ya que esa unidad: "no depende del establecimiento de un apellido común para todos los miembros del grupo familiar"¹⁰, mostrando los ordenamientos legales disposiciones que lo dejan de lado, como las atinentes a la inversión del orden de los apellidos, o la consecuencia que producen los cambios de apellidos de una persona, en las situaciones autorizadas por la ley, cuando no se produce su traslado automático a otras personas vinculadas (hijos, por ejemplo), el que resulta extensivo, a lo sumo, a los hijos menores de edad, no a los mayores de edad sin su consenti-

⁸ Merlin, op. cit., página 521, 2da. columna.

⁹ Merlin, op. cit., página 525.

¹⁰ Lucet Gil, op. cit., página 184.

¹¹ Ver el artículo 334-2 del Código Civil francés, el que al tratar de la filiación natural, según la reforma de la ley 72 del 3 de enero de 1972, dispone que si el reconocimiento de la filiación es posterior a la filiación de la madre, el hijo podrá sustituir su apellido materno por el del padre si, durante su minoridad, los dos progenitores lo solicitan ante el juez de las tutelas, agregando el consentimiento personal del hijo si tiene más de quince años de edad; el Código Civil alemán en su artículo 1706 exige ese triple consentimiento; y el Código Civil italiano en su artículo 262, para el caso de filiación paterna posterior a la materna, dispone que el hijo podrá sustituir o adicionar el apellido del padre, y si fuere menor: "corresponde al juez el decidir sobre la asunción del apellido paterno o la conservación del materno". Ninguno de esos ordenamientos exige, en caso de existir varios hijos, que la solución sea igual para todos.

miento, también exigible desde cierta edad para aquéllos¹¹. Antes se recordó también el artículo 109 del Código Civil español, que faculta al hijo, al alcanzar la mayor edad, para solicitar: "se altere el orden de sus apellidos", sin imponer la misma solución para todos los hijos, si son varios. Esa es igualmente la solución del artículo 19 de nuestra ley 18.248, conforme al cual, si se produce la modificación, cambio, adición o rectificación del apellido de una persona: "se rectificarán simultáneamente las partidas de los hijos menores...", no alcanzando la disposición, de tal modo, a los hijos mayores de edad, quienes pueden mantener el apellido en uso, que tengan registrado. Todo ello afecta, de alguna manera, el mencionado principio de la unidad familiar, que se tiene presente aquí ante la eventualidad de que, de aplicarse textualmente lo dispuesto por el artículo 18 del Pacto de San José de Costa Rica ("Toda persona tiene derecho...a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos..."), se presente la hipótesis, en caso de existir varios hijos de los mismos progenitores, que no todos tengan igual apellido, en el supuesto de optar unos por el apellido paterno y otros por el materno, o -de usar ambos- no coincidir el orden de los mismos, situación no extraña dado que, aun con la legislación vigente, puede darse -v. gr.- con los hijos extramatrimoniales (artículos 5, 6, de la ley 18.248 y, en general, conforme al artículo 19 de la misma ley).

8. Conclusiones finales.

Se aprecia, como conclusión de todo lo expuesto, que el Congreso de la Nación, al afrontar sin demoras la aprobación de los cambios legislativos internos que imponen las Convenciones internacionales mencionadas, con jerarquía constitucional, debe merituar aspectos complejos y difíciles como los manifestados, y en materia que, como la del nombre de las personas individuales, pone en juego disposiciones que hacen al interés general y no sólo particular, siendo de orden

público; reforma que debe afrontar sin más dilación, debiendo tener presente que la ya citada Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, establece que los Estados parte de la misma: "no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..." (su artículo 27).

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL CONSULTADA

- Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, T. 1º. 8e. éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1969.
- Code Civil de la République de Chine*. Traduit du Chinois par Ho Tchong-Chan, Recueil Sirey, Paris, 1930.
- Código Civil Español*. 17a. ed. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1994.
- Constitución Nacional-Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional*. Revista de Legislación Argentina Nº 533, Ed. de Jurisprudencia Argentina S.A., Buenos Aires, 1994.
- De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*. T. 2, Dott. A. Giuffré, Milano, 1961.
- Il Diritto all' Identità Personale*. Parte Prima: *Il Diritto al Nome*. I. Il Nome Civile. Dott. A. Giuffré, Ed., Milano, 1949.
- Díez-Picazo, Luis-Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 8a. ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- Ferrara, Francesco, *Diritto delle Persone e di Famiglia*, Casa Ed. Dot. Eugenio Jovene, Napoli, 1941.
- Humblet, Léon, *Traité des Noms*, L. Larose & Forcel, Ed., Paris, 1892.
- Limongi França, Rubens, *Do Nome das Pessoas Naturais*, 3a. ed., Editora Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1975.
- Lucas Gil, Francisco, *El nombre civil de las personas naturales en el ordenamiento jurídico español*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1978.
- Perreau, E. H., *Le Droit au Nom en matière civile*, Recueil Sirey, Paris, 1910.
- Pliner, Adolfo, *El Nombre de las Personas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
- Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Vampre, Spencer, *Do Nome Civil*, F. Briguiet & Cia., Rio de Janeiro, 1935.
- Merlin, M., *Répertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*, 5ème. éd., Tome Onzième, J. P. Roret Ed., Paris, 1827.

EL MERCOSUR ANTE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: LA ARMONÍA LEGISLATIVA INTERNA.

Marcelo Urbano Salerno

1. *Introducción.*

Con motivo de la reforma constitucional de 1994 ha vuelto a la actualidad el tema de la integración económica que en América Latina ha pasado por distintas fases. No es el caso hacer ahora la historia de ese proceso económico, social y político, puesto que hoy día existe en concreto una iniciativa en curso que es el llamado Mercosur¹. A esta altura de la evolución de esa iniciativa resulta más apropiado analizar el grado de armonía de la legislación civil de los cuatro países signatarios de ese tratado, o sea, Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina, países unidos por intereses regionales y con una base cultural común.

En el nuevo art. 70 inc. 24 de la Constitución Nacional está previsto que el Congreso habrá de "aprobar tratados de integración que

¹ Ekmekdjian, Miguel Angel, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994.

deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad". Va de suyo que este texto es posterior a los compromisos internacionales que dieron nacimiento al Mercosur, los cuales se remontan al año 1991. Y en el acto fundacional, o sea, en el tratado de Asunción, los estados parte se comprometieron a "armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración" (art. 10).

Valga también destacar que, a posteriori de la reforma, se suscribió en Ouro Preto el protocolo adicional a dicho Tratado, el que fue aprobado por la ley 24.560, que se publicó en el Boletín Oficial del 13 de octubre de 1995. Por tanto existe un conjunto de normas escalonadas en el tiempo que conforman un sistema comunitario regional, el que se halla inserto dentro de la mencionada previsión de nuestra Carta Magna.

Todas esas disposiciones tienen que ser concordadas y coordinadas entre sí para captar su auténtico significado.

En primer lugar, está claro que el Parlamento se halla expresamente facultado para delegar funciones que le son propias a entidades creadas o a crearse en el futuro, las cuales se encuentran por encima del estado argentino. Desde esta perspectiva, cabe señalar que el Mercosur ya cuenta con personería jurídica, a semejanza de la Comunidad Económica Europea².

Así se desprende del art. 34 del protocolo de Ouro Preto. La titularidad de ese ente internacional será ejercida por el Consejo del Mercado Común (art. 8, inc. III de dicho protocolo).

De manera que nada impide ahora que la Argentina participe en una comunidad de estados que tenga una personería distinta de las naciones que la formen. Esa asociación se halla establecida dentro de un plano de superior jerarquía de la que tienen los países miembros.

² Alegría, Héctor, *El Mercosur hoy: la realidad, pragmatismo e ideales* y Alterini, Atilio Aníbal, *La supremacía jurídica en el Mercosur*, ambos en "La Ley", suplemento especial del 15 de noviembre de 1995.

Por cierto que ello replantea algunos aspectos vinculados a la soberanía nacional³.

No es el objeto del presente trabajo iniciar una polémica sobre este punto, desde que se parte de su simple constatación, según los términos de la norma aludida. No me incumbe discutir un problema específico del derecho público. Eso sí, parece necesario analizar los vocablos competencia y jurisdicción que se emplearon para redactar el citado inciso 24, que se incorporó a nuestra norma suprema.

Ninguna duda cabe de que la palabra jurisdicción alude a un Tribunal Superior a crear por encima de nuestra Corte Suprema, para dirimir los conflictos inherentes a la entidad comunitaria que cuenta con personería jurídica internacional (para la solución de controversias entre los países miembros, rige el protocolo de Brasilia, ley 24.102).

En cambio, la palabra competencia tiene aquí un significado diferente al que es de uso común en el vocabulario jurídico: se refiere a la regulación necesaria para el funcionamiento de la entidad que podrá dictar sus propias reglas a fin de autoregularse. Esto dará lugar a un derecho supraestatal⁴, el cual deviene indispensable en cierta etapa de avance en las relaciones de la integración.

En segundo lugar, también parece necesario que los estados miembros armonicen sus respectivas legislaciones internas, para fortalecer

³ Kuhn Bleimaier, John, *The future of sovereignty in the 21st century*, en *Annuaire de La Haya de Droit International*, ed. Martinus Nijhoff, La Haya 1993, volumen 69, pág. 27, predice que en el siglo XXI la Comunidad Europea devendrá un conjunto de estados federales con una legislación superior a la de sus miembros.

⁴ Alegría, Héctor y Alterini, Atilio Aníbal, trabajos citados. Ekmekdjian, Miguel Angel, op. cit. pág. 361. O'Farrell, Ernesto, *La armonización del derecho en los países del Mercosur*, en "La Ley" 1993-C-1069, considera que el tema es prematuro antes del tratado de Ouro Preto que aportó nuevos elementos de juicio. A nivel teórico Julliard entiende que la integración económica conduce a la integración jurídica y ésta deriva en la creación de un orden jurídico de derecho internacional; véase su ponencia a las 12vas. Jornadas Jurídicas Franco-Latinoamericanas, organizadas por la Société de Legislation Comparée y por la Asociación Argentina de Derecho Comparado en Buenos Aires, noviembre 1991, ponencia que se publicó en el número especial, volumen 13 de la *Revue Internationale de Droit Comparée*, año 1991, págs. 215/225, bajo el título: *Integration: experience française*.

sus respectivos vínculos comunitarios y evitar los conflictos de leyes, fuente de controversias.

De allí entonces que se abre un fenómeno normativo peculiar: por un lado un derecho comunitario supraestatal⁵, por otro lado un derecho interno armónico de los países miembros. Además, subsistirá el derecho de la integración que es el conjunto de normas reguladoras del proceso de integración entre dos o más países y que forman parte del llamado derecho internacional económico⁶.

La armonía es un paso previo a uniformar los derechos locales en una sola ley. Primero habrá que encontrar las soluciones análogas y luego, en una etapa ulterior, habrá de producirse la uniformidad de las respuestas para que éstas sean las mismas en todo el ámbito de la zona de libre comercio y unión aduanera⁷. Por ahora habrán de respetarse las peculiaridades de cada pueblo, resguardar su idiosincrasia, hasta alcanzar una situación óptima que posibilite eliminar toda diferencia.

Este estudio se ocupará básicamente del fenómeno relativo al derecho interno armónico para alcanzar la integración jurídica entre los estados miembros del Mercosur. Más allá de la vigencia de la reforma constitucional de 1994, ello es un imperativo del Tratado de Asunción de 1991, al que además se le ha dado "jerarquía superior a las leyes" (art. 70 inc. 22). Como puede apreciarse, la nueva Constitución ha venido a dar impulso a esta comunidad sudamericana surgida del tratado citado, de modo que resulta impostergable estudiar

⁵ Ballarino, Tito, *Lineamenti di diritto comunitario*, ed. Cedam, 4 ed., 1993. Cartou, L., *L'union européenne. Traités de Paris-Roma Maastricht*, 1994. Isaac, G., *Droit communautaire général*, 4a. ed., 1994. Mengozzi, Paolo, *Diritto della Comunità europea*, ed. Cedam, 1990. Pocar, F., *Diritto della comunità europea*, ed. Giuffrè, 4a. ed., 1991. Rideau, J., *Droit institutionnel de l'union et les communautaires européennes*, 1994.

⁶ Salerno, Marcelo Urbano, *Treinta años de integración latinoamericana: perspectiva jurídica y empresaria*, "La Ley", 1991-D-1104. Zelada Castedo, Alberto, *Derecho de la integración Económica Regional*, ed. Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Buenos Aires, 1989, en especial pág. 19.

⁷ Ekmekdjian, Miguel Angel, op. cit. págs. 191/192.

los cursos a seguir para armonizar el derecho interno de Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina.

2. El método para armonizar las legislaciones internas

Como se trata de armonizar el derecho civil de los cuatro países asociados, hay que partir del estudio de los correspondientes sistemas jurídicos. En ese sentido, deberá seguirse un método comparativo, de acuerdo con las técnicas modernas en la materia⁸. La tarea deberá realizarse a partir de las instituciones básicas de cada sistema, en sus líneas generales, examinando sus orígenes históricos y su proyección evolutiva hacia el presente.

Ese análisis científico permitirá establecer los principios fundamentales que animan a cada institución en su estructura, de manera de apreciar sus caracteres comunes, para agruparlos. Es decir, debe trabajarse sobre la idea de descubrir los puntos de coincidencia entre las diversas legislaciones, tanto en la letra como en el espíritu de cada regulación en particular, ciñéndose a un orden de prioridades. La

⁸ El derecho comparado es útil para comprender a los pueblos y mejorar las relaciones de la vida internacional en las búsquedas de reglas jurídicas comunes que ordenan las distintas sociedades políticas. Constituye una disciplina científica para el conocimiento de las instituciones mediante la comparación de uno o varios modelos. Es recomendable Sacco, Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, 5a. ed., UTET, Turín, 1992. Según Risolía permite captar la unidad y universalidad del derecho, mediante un método de seleccionar y asimilar las disposiciones objeto de investigación; véase su trabajo *Selección, asimilación y creación en el derecho comparado*, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, año 1977, Tomo XXXVII N° 1, págs. 27 y ss. De acuerdo con Enrique Martínez Paz el derecho comparado "es la disciplina jurídica que por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de los sistemas jurídicos de las legislaciones vigentes, tiende a fundar el sistema de derecho positivo actual"; y agrega "la comparación puede ser sintética o analógica según que la confrontación nos lleve a puntualizar las diferencias o a revelarnos la analogía de dos instituciones"; más adelante recomienda sistematizar, o sea, "dar forma propia y adecuada al conocimiento, uniendo, sin confundir, los elementos homogéneos, y distinguiendo, sin separar, los elementos diferentes de la realidad cognoscible" (véase su libro *Introducción al derecho civil comparado*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960, págs. 134, 136 y 138).

complejidad de la tarea estará dada en que se deberán comparar cuatro sistemas distintos entre sí y encontrar sus afinidades y semejanzas; ello no será fácil, pero tampoco será imposible.

No hay duda de que se presentarán muchas dificultades, pero habrán de ser superadas si esta investigación se encara con seriedad por juristas capacitados que actúen ordenadamente. Lo ideal sería realizar un trabajo en equipo integrado por expertos de los países miembros que se dispongan a efectuar un estudio completo. Pero si ello no pudiera hacerse en este momento, al menos habría que auspiciar a entidades -como academias, asociaciones no gubernamentales y universidades- a comenzar esta labor apasionante que, por sí misma, se encuadra dentro de un mandato constitucional.

Es necesario ser conciente de los problemas que se pueden presentar, pues no bastará con tomar los códigos y las leyes, sino que además habrá que examinar su jurisprudencia interpretativa y la doctrina sentada a su respecto. O sea, lo que realmente interesa es la vigencia de la norma, más que su expresión escrita, muchas veces divergente con su aplicación en la práctica.

En la búsqueda de coincidencias habrá que remontarse a los principios generales que gobiernan el ordenamiento civil y descender a las reglas particulares, comparándolas entre sí. Será una labor de abstracción y de síntesis, para llegar a las esencias comunes que unen a estos pueblos comprometidos con su destino. No en vano un genial estadista dijo que todo los une y nada los separa.

Desde ya que la armonización exigirá a cada país miembro realizar los correspondientes ajustes en su legislación interna, los cuales serán un paso posterior de la labor intelectual que será menester realizar a ese efecto.

De ahí que sin tener ninguna pretensión de agotar el tema considero oportuno brindar algunas ideas que puedan orientar esta búsqueda.

3. El factor cultural

Cabe destacar que por encima de los intereses económicos que asocian a estos pueblos, se halla el factor cultural producto de múltiples relaciones de afinidad en el terreno antropológico. Existe una herencia común de origen latino, que nutre a la producción intelectual ajustada a las modalidades propias del ser americano. A través del pasado que los hermana, las cuatro naciones enfrentan el desafío del futuro que compromete su destino.

Los países del Mercosur tienen fuertes lazos culturales que facilitan su integración, en especial desde el punto de vista jurídico. Pertenecen al tipo continental, a la familia romano germánica, según la opinión de calificados autores⁹, producto del trasplante de los derechos castellano y portugués, que a su turno recibieron la influencia del derecho romano justiniano. Están hermanados por fuentes comunes que inspiraron a los códigos y a las leyes, las cuales permiten acortar las diferencias y aproximar las soluciones¹⁰.

Por lo general todo cuanto se refiere a la persona, a los bienes, los contratos y los actos ilícitos, tiene una regulación similar en las distintas legislaciones. Existen algunas diferencias de mayor o menor entidad, las que deberán ser señaladas para apreciar su magnitud. Vale decir, será menester marcar las analogías y las simetrías, pues ello hace a la labor comparativa.

Las materias que no tengan una directa relación con el desarrollo del Mercosur, habrán de ser excluidas de esta tarea. En particular, en temas vinculados a la esfera extrapatrimonial, como es el derecho de familia. Pero ello no quita que se puedan realizar trabajos similares en ese terreno, aunque más no sea para otros fines.

⁹ David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, ed. Dalloz, 9a., París, 1988, págs. 23 y 78; Rodiere, René, *Introduction au Droit Comparé*, ed. Dalloz, París, 1979, pág. 100.

¹⁰ Salerno, Marcelo Urbano, *Consideraciones históricas sobre la unidad del derecho común en latinoamérica*, en "Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel", Anuario Universidad de Chile, 5a. serie, N° 20, 1989, págs. 835/845.

Cabe considerar también, como un valioso antecedente, la circunstancia de que tres de los países miembros del Mercosur tienen un régimen común para la solución de los conflictos de leyes en los Tratados de Montevideo. Esos Tratados celebrados en 1940 preanunciaron la posibilidad de aunar las legislaciones en un proyecto ambicioso de uniformar las soluciones, en particular en cuanto tiene específica vinculación con el tema de las Convenciones sobre Derecho Civil Internacional¹¹.

Más allá de los textos legales, interesa la filosofía de la doctrina en torno a instituciones básicas de cada régimen. La orientación y el pensamiento de los juristas es un manantial inagotable donde se debe recurrir para encontrar los puntos de contacto. En suma, resulta esencial seguir el curso de las ideas jurídicas sobre cada instituto a comparar, para conocer el espíritu que los anima.

Así, corresponde partir del análisis de los Códigos, y luego de las leyes complementarias en especial; análisis que exige remontarse a las fuentes.

4. Las fuentes

De algún modo, el derecho civil en los cuatro países respondió a la misma raíz. La influencia de la doctrina francesa ha sido notable en variados aspectos, sobre todo a lo largo del siglo XIX, y quedó reflejada en las respectivas legislaciones. Si bien el Código Napoleón de 1804 es un antecedente fundamental para el análisis de la codificación sudamericana, no fue receptado en el Brasil, cuyo código de 1916 se inspiró en el B.G.B. alemán de 1900; sin embargo ello no desmiente la anterior afirmación, ya que dicho cuerpo legal fue conocido a través de Saleilles y su versión en francés¹².

¹¹ Si bien Brasil no suscribió esta convención, porque con anterioridad había ratificado el Código de Bustamante de 1928, en el año 1942 abandonó el sistema de la nacionalidad y adoptó el del domicilio. Wald, Arnoldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. "Introdução e Parte General", edit. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1992, pág. 121.

¹² Wald, Arnoldo, *La circulation du modèle français en Amérique Latine. Brésil*, en Travaux de L'Association Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français*, (journées franco-italiennes), edit. Litec, París, 1993, págs. 128/129.

Resulta innegable que los autores de la escuela de la exégesis sirvieron para que los juristas de esta región fuesen elaborando sus obras (libros, comentarios y tesis). En cierto sentido, moldearon el pensamiento de los civilistas mediante su depurada técnica de admirables construcciones jurídicas. Con su talento y erudición esos autores abrieron rumbos para el intérprete regional, ávido de conocimientos que le permitiesen encontrar soluciones a los problemas concretos.

Por lo demás, existieron componentes filosóficos que inspirados en la Revolución Francesa de 1789 animaron el espíritu de la legislación de este continente. La exaltación del individuo, el igualitarismo, el poder conferido a la voluntad, el régimen absoluto del dominio entre otros, han sido elementos esenciales que configuraron a las sociedades de esta región. Bien se ha dicho que la base común sobre la cual se edificó nuestro derecho latinoamericano en el siglo pasado fue la moral cristiana, la economía liberal y la estructura capitalista¹³.

Este común denominador de las cuatro naciones está reflejado en múltiples manifestaciones fáciles de hallar. En particular, también se encuentran otras fuentes locales que sirven para descubrir y encontrar analogías. Ello está evidenciado en las recíprocas influencias que los países del Mercosur ejercieron entre sí.

Es bien conocido el ascendiente del "Esbozo" de Freitas sobre nuestro Código Civil de 1869. La Argentina asimiló las teorías de ese gran maestro brasileño, y aunque éstas no hayan sido incorporadas íntegramente en el Código Civil de Brasil de 1916, no deben dejar de ser ponderadas como un factor aglutinante. De alguna manera ambas naciones están vinculadas por el genio creativo de Teixeira de Freitas, quien se inspiró en Savigny y a través de este eximio jurista se basó en el derecho romano de las Pandectas.¹⁴

¹³ Wald, Arnoldo, op. cit. pág. 125.

¹⁴ Meira, Silvio, *Teixeira de Freitas o jurisconsulto do imperio. Vida e obra*, ed. Livraria José Olympio, Rio de Janeiro, 1979, págs. 237/242. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981, pág. 456 escribe: "A América do Sul, podemos dizer, tem, praticamente, um direito: o que surge, trazido pela tradição ou elaborado pelo genio legislativo de Teixeira de Freitas, nos quase cinco milheiros de

Respecto del Uruguay, su Código Civil sancionado en 1868 fue obra del argentino Tristán Navaja, quien era doctor de la Universidad de Buenos Aires y abogado en Montevideo. Subsisten muchas afinidades entre Argentina y Uruguay, que obedecen a una cultura similar y a una misma realidad social, la cual se refleja en la legislación de ambos países. Los lazos fraternales que unen a ambos pueblos constituyen la mejor prueba de la armonía reinante en el campo del derecho.

En cuanto al Paraguay, la cuestión sería más fácil de haberse mantenido vigente en dicho país el Código Civil Argentino que fue incorporado como derecho interno en 1889. Esa circunstancia es propicia para armonizar, aunque desde el año 1987 rige un nuevo Código, en el cual se unificó el régimen de los contratos civiles y comerciales, complementado por una ley llamada del comerciante¹⁵.

Cabrá ahora hacer las comparaciones de rigor, pero las distancias que puede haber no son tantas luego de la reforma hecha en nuestro país en 1968.

Con este material, parece sencilla la tarea a realizar si se parte del principio de buscar las coincidencias.

5. Los principios jurídicos comunes

Se aspira a crear en forma gradual un mercado común para este vasto espacio geográfico de Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina, donde los negocios se emprenderán entre particulares de las cuatro naciones. El intercambio de bienes y servicios a efectuar en dicho mercado se hará mediante contratos de toda especie. De ahí que habrá de ser necesario armonizar el derecho de la contratación de los países

artigos do Esboço. Todas as leis civis posteriormente votadas pelos povos sul-americanos por vezes manifestam ser tiradas dele, ou direta ou indiretamente (a través do Código Civil argentino, uruguaio ou doutrina dos tres países) por ele influenciadas".

¹⁵ Etcheverry, Raúl Aníbal, *La ley del comerciante del Paraguay*, "El Derecho", 113-834.

miembros, conforme las operaciones económicas a desarrollar en ese ámbito regional.

Por ello, en este marco el contrato adquiere una dimensión extraordinaria como medio de cooperación indispensable para poder alcanzar los fines perseguidos por el Mercosur.

El derecho científico se basa en principios que de algún modo tienen validez general, los cuales apuntalan todo el sistema y brindan adecuado sentido a las normas. En el ámbito del contrato es necesario establecer cuales son esos principios rectores que estructuran las legislaciones de los países del Mercosur. De inicio corresponde señalar que la libertad de contratación es la regla básica del Tratado de Asunción, la cual sirve de eje para emprender la labor armonizadora a cumplir¹⁶.

Sobre esa premisa se construirá un régimen contractual que asegure la autonomía de la voluntad y la fuerza vinculante del acuerdo entre partes. En términos amplios ambos principios se hallan incorporados el derecho interno de las cuatro naciones¹⁷. Cualquier traba a su pleno imperio podría afectar este común denominador.

Ello tiene una significación especial en cuanto posibilita la creación de contratos innominados, o atípicos para algunos autores, y de pactar cláusulas según la fórmula económica que adoptarán las partes en salvaguarda de sus recíprocos intereses. Asimismo, posibilitará los llamados contratos tipos, con cláusulas predispuestas¹⁸, por

¹⁶ En efecto, el art. 1º del Tratado dispone "la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países", para lo cual es preciso que los contratos respondan a esta directiva fundacional.

¹⁷ Si bien el Cod. Civ. de Brasil no contiene una norma expresa al respecto, dichos principios se hallan dentro de su espíritu; Wald, Arnoldo, *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*, edit. Revista dos Tribunais, 11a. ed., San Pablo, 1994, págs. 152/153. En el Cod. Civ. Argentino el art. 1197, inspirado en el art. 1134 Cod. Francés, los consagra en forma inequívoca, del mismo modo, mutatis mutandi, lo hacen los Códigos Paraguay (arts. 669 y 715) y Uruguayo (art. 1291). Nicolau, Noémi, Lidia, *Quelques apports pour un droit contractuel latino-américain uniforme*, véase su ponencia a las 12vas. Jornadas Jurídicas Franco-Latinoamericanas, en número especial, volumen 13 de la Revue Internationale de Droit Comparée, año 1991, págs. 313 y ss.

¹⁸ El tema se vincula directamente con la protección del consumidor; Brasil y Argentina han dictado ordenamientos específicos que invalidan las cláusulas lesivas de donde

medio de los cuales se regularán convencionalmente diversos sectores de intercambio. De ahí entonces que tendrá singular importancia para la actividad comercial de la región esta labor creativa, que en forma espontánea irá estableciendo las pautas a seguir, más allá de las disposiciones legales que no siempre tienen el dinamismo apropiado para las circunstancias coyunturales.

La buena fe también es una directiva que sirve para interpretar la voluntad de las partes, los actos preparatorios y ejecutorios de éstas, como para resolver cualquier conflicto que se suscite. En ese sentido, el Código Civil Argentino incorporó en 1968 una previsión expresa en el art. 1198, y lo mismo hizo Paraguay en 1987 en los arts. 689, 714 y 715. La doctrina brasileña considera que dimana del art. 85 Cod. Civ.¹⁹.

Desde otra perspectiva, los institutos del abuso del derecho, la lesión subjetiva y de la teoría de la imprevisión, han venido a configurar los alcances de las cláusulas contractuales para corregir ciertos excesos de la "pacta sunt servanda". Los Códigos de Paraguay y Argentina son un modelo en ese aspecto²⁰. En cuanto al Brasil, la jurisprudencia ha ido consagrando estas figuras con un criterio pretoriano.

La responsabilidad derivada del incumplimiento contractual es un tema que guarda analogía entre los cuatro países, ya que todos la diferencian del régimen de la responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos, siguiendo un patrón común en la comunidad latinoamericana.

resultan prestaciones desproporcionadas; véase, Brasil, ley 8078 del 11 septiembre de 1990, art. 6 inc. V; y Argentina, ley 24.240, art. 37. En cuanto al tema de los perjuicios derivados de productos elaborados, véase Andorno, Luis O., *La responsabilidad civil por los daños causados por los productos elaborados en el ámbito del Mercosur*; en Home-naje a Félix A. Trigo Represas, *Derecho de Daños*, segunda parte, ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993, págs. 695 y ss.

¹⁹ Véanse los informes de Wald, Arnoldo y Salerno, Marcelo Urbano, en *Travaux de l'Association Henri Capitant: La Bonne Foi*, edit. Litec, París, 1992, pág. 233 y 251.

²⁰ Código Civil de Paraguay, arts. 671 y 672. Borda, Guillermo A., *El abuso del derecho; la lesión y la imprevisión en el nuevo Código Civil Paraguayo*, "La Ley" 1986-E-835. Alterini, Atilio Aníbal, *La contratación en el Mercosur*, en *Revista de Direito Civil* N° 69, julho-setembro/1994, pág. 15.

americana. En tiempos recientes, Brasil ha evolucionado para consagrar el resarcimiento del daño moral que no admite su Código Civil, merced a un dispositivo expreso de la Constitución Federal de 1988, art. 5 incisos V y X²¹. Esta materia es vital para resolver arduos problemas que se presentarán por causa de inejecución de los contratos, debiéndose proceder con respeto hacia los regímenes imperantes y sin ánimo demasiado innovativo.

Una vez hecho un inventario de los principios generales -algunos de los cuales se han enunciado- se podrá entrar a considerar cada contrato en particular, de entre los cuales los de mayor interés son los asociativos, la compraventa, el transporte y la locación de obra.

6. Conclusión

El programa de armonización legislativa que se ha esbozado aspira a ser algo más que una expresión de deseos; es necesario hacerlo realidad de alguna manera, trabajando sobre lo concreto y construyendo sobre las bases comunes existentes. Durante esa tarea es posible que el legislador introduzca reformas a los Códigos y leyes complementarias, en cuyo caso sería conveniente que procurase ceñirse a un criterio armonizador para ajustar las nuevas normas al espíritu comunitario. De hoy en adelante la mentalidad del hombre de derecho, ya sea en la función legislativa o la doctrinaria, debe prepararse para esta labor de mutuo respeto y comprensión.

Un mercado no es sólo un espacio económico a conquistar, también encierra un desafío cultural. En ese sentido, la reforma constitucional de 1994 implica un compromiso e impone un mandato: las generaciones actuales deberán establecer la armonía de las soluciones jurídicas en el pleno académico y preparar las conciencias para amoldarse a los cambios que sobrevendrán. Como hace a su esencia,

²¹ Bittar, Carlos Alberto, *Reparação civil por danos morais*, en *Revista de CAB-PI*, Teresina, outubro de 1995, págs. 9 y ss.

el derecho comunitario será el indicado para regular las conductas dentro de un marco de libertad²².

Por este camino habremos de encontrar el perfil de la nueva comunidad latinoamericana, que ha dado en llamarse Mercosur.

²² Bustamante Alsina, Jorge, *Aproximación de la legislación interna entre los estados que integran una comunidad regional. El Mercosur y la Comunidad Europea*, en "La Ley" 1992-C-1158.

LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN NUESTRO PAÍS, A LA LUZ DE LOS NUEVOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

Felix Alberto Trigo Represas

I. La reforma constitucional de 1994 y los derechos del consumidor

Al producirse la reforma constitucional del año 1994, la protección de los consumidores y usuarios fue incorporada a la propia Constitución Nacional que en su nuevo art. 42 dice: "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno*". Y lo mismo sucedió con la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, cuyo nuevo art. 38 parecidamente dice lo que sigue: "*Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz*".

A la luz de lo que queda dicho, hemos de ocuparnos pues de la protección al consumidor en nuestro medio; temática ésta que, pese

a ser en rigor propia del derecho privado, tiene sin embargo ahora, según se ha visto, verdadera jerarquía constitucional.

II. Introducción

El tema en consideración recién empezó a interesar a la doctrina jurídica de nuestro país desde hace aproximadamente unos veinte años, cuando se publicaron en la revista "La Ley" sendos artículos sobre la responsabilidad por productos elaborados: del profesor del University College de Londres Dr. Maurice Alfred Millner y de nuestro distinguido connacional Dr. Jorge Bustamante Alsina¹.

Entonces, sin embargo, el acento se hacía recaer sobre la causa del daño: el producto elaborado; en tanto que luego se empezó a hablar de la responsabilidad civil del fabricante, o sea que se tomó como principal punto de referencia al legitimado pasivo o responsable; y en la actualidad, con un criterio más realista que ubica como verdadero protagonista del derecho de daños al damnificado, quien siempre es acreedor a la reparación de los perjuicios sufridos, se habla ya, quizá con más propiedad, de resarcimiento del daño al consumidor².

III. El consumidor y su protección

Al consumidor se lo ha caracterizado a veces de manera objetiva, apuntándose en especial al acto de la adquisición, y otras en

¹ Millner, Maurice Alfred, *La responsabilidad civil por productos elaborados*, trad. Jorge E. Bustamante, en "L.L.", 143, ps. 862 y ss.; Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho argentino*, en "L.L.", 143, ps. 870 y ss.

² Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992, p. 400, núm. 1029; Bueres, Alberto J., *El acto ilícito*, Bs. As., Hammurabi, 1976, ps. 72 y sig., núm. 16; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, ps. 179 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto Antonio, *Responsabilidad por daños (elementos)*, Bs. As., Depalma, 1993, ps. 13 y sigte., núm. 3-A.

forma subjetiva, contemplándose particularmente lo relativo a la calidad del sujeto protegido; aunque, en definitiva, todas esas distintas tendencias coinciden en que consumidor es quien adquiere algún bien o servicio para su uso personal o familiar³. Empero, quizá resulte más precisa, dentro de tales lineamientos, la definición que expresa que consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza como destinatario final bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza de quién los produce, vende, facilita, suministra o expide⁴; siendo éste precisamente el concepto que trae la nueva ley de defensa de los consumidores número 24.240, cuyo art. 1° dice: "*Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social*"; y que en su art. 2° obliga a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios.

El bien jurídico a cubrir mediante las normas sobre protección al consumidor es en realidad la *lealtad en las relaciones económicas de todo tipo*; lo cual ha de comprender a la totalidad de las etapas del proceso de comercialización, asegurando al consumidor la plenitud de su derecho: de *información* acerca de qué bienes y servicios pueden satisfacer más eficazmente sus necesidades; de *elección* de lo que más le convenga entre productos o actividades similares, si los hubiere; y, en fin, de *exigir* que los

³ Alterini, Atilio A., *El estatuto del consumidor*, en "Contratos. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iurraspe", Bs. As., ed. La Rocca, 1989, ps. 432 y sig., núm. 3-b); Arrighi, Jean Michel, *Protección jurídica del consumidor. Aspectos nacionales e internacionales*, en "Derecho del consumidor", Montevideo, ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 9; Antonio, Luis O., *La protección al consumidor en el derecho francés*, en Rev. "Zeus", Rosario, vol. 37, Doctrina, p. 5.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, Afda - Tavano de Aredes, María J., *La protección al consumidor en el derecho comparado*, en Rev. "Derecho del consumidor", Rosario, ed. Juris, 1991, N° 1, p. 12, núm. II; Muguillo, Roberto A., *La defensa del consumidor. Una nueva disciplina*, en "Estudios de derecho comercial", Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, 1986, núm. 2, p. 128.

bienes y servicios adquiridos o contratados respondan a las características ofrecidas o convenidas⁵.

IV. El derecho del "common law"

En el derecho anglosajón, el *common law* ya se ocupaba de esta temática desde mediados del siglo pasado, cuando se registraron los primeros casos de responsabilidad por daños causados al consumidor de productos defectuosos: en Inglaterra, a partir de 1851, con el caso "Longmeid v. Hollyday"⁶, y un año más tarde en los Estados Unidos con el caso "Thomas v. Winchester"⁷.

En el primer fallo mencionado precedentemente se comenzó a distinguir entre cosas peligrosas por sí mismas y las que llegaban a serlo por haber sido construidas de manera inadecuada, estableciéndose que las primeras podían dar lugar a una responsabilidad extracontractual del fabricante frente a terceros, pero no así las segundas⁸; aunque ya en nuestro siglo, en el año 1932, al resolverse el caso "Donoghue v. Stevenson", más conocido como el caso del "caracol" por alusión a sus peculiares circunstancias fácticas⁹, se llega a establecer como principio general la responsabilidad cuasidelictual

⁵ Padilla, Miguel M., *La protección al consumidor en la legislación argentina*, "J.A." 1976-III, p. 761, núm. IV.

⁶ Cueto Rúa, Julio, *El common law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, ed. La Ley, Bs. As., 1957, ps. 202 y ss.; Levi, Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. Genaro R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1971, ps. 23 y ss.; Rojo y Fernández-Río, Angel, *La responsabilidad civil del fabricante*, publicación del Real Colegio de España, Bolovia, 1974, p. 54, núm. 7; Compagnucci de Caso, Rubén H., *Daños causados por productos elaborados*, en "Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Morello", La Plata, ed. Platense, 1981, ps. 257 y sig., núm. V.

⁷ Cueto Rúa, ob. cit., en donde se transcribe este fallo, ps. 233 y ss., apéndice A.

⁸ Compagnucci de Caso, ob. cit., p. 257; Cueto Rúa, ob. cit., ps. 312 y ss.; Rojo y Fernández-Río, ob. cit., p. 54, N° 7.

⁹ Al consumir una botella de Ginger-Ale, la actora advirtió en el fondo de la misma, cuyo vidrio era opaco, los restos en descomposición de un caracol, lo que le produjo un shock psicosomático. Por ello debió indemnizarla la demandada.

del fabricante, sean o no peligrosas en sí las mercaderías que produce y vende, siempre que se demuestre que ellas expusieron a la otra parte "a un riesgo de daño que un hombre razonablemente prudente, en iguales circunstancias, hubiese debido prever y evitar adoptando medidas adecuadas"¹⁰.

En una ulterior etapa, la responsabilidad del fabricante se amplió mediante el uso de la fórmula "*res ipsa loquitur*" (las cosas hablan por sí mismas), lo que significa que el daño se produce en ciertos casos de una manera o en tales circunstancias, que lo razonable habrá de ser presumir la culpa del demandado¹¹. Así, en el caso "Grant c/ Australian Knitting Mills", en el cual el comprador de ropa interior de lana resultó perjudicado por el exceso de azufre contenido en la misma, al fabricante se lo tuvo por responsable por aplicación del "*res ipsa loquitur*", aunque el actor no pudo probar positivamente que mediara negligencia de parte de aquél, en tanto que el demandado sí demostró que había vendido más de 4 millones de prendas análogas sin haber recibido una sola queja.

La jurisprudencia del *common law* evolucionó con mucha mayor rapidez en los Estados Unidos, en donde, si bien se comenzó distinguiendo entre cosas *per se* peligrosas y las que no lo eran, ya en el año 1941, en una disidencia del juez Traynor en los autos "Escola v. Coca Botling of Fresno", se sentaron las bases de la responsabilidad objetiva, las que luego fueron reiteradas por el Tribunal de New York en 1960 en "Henningesen v. Bloomfield Motors Inc." y por la Suprema Corte de California en 1966, con voto del mismo juez Traynor, en esta oportunidad con adhesión de los demás magistrados, en "Greenman v. Yuba Power Products". En todos esos antecedentes judiciales, se expusieron las siguientes razones fundamentantes de la

¹⁰ Rojo y Fernández-Río y Compagnucci de Caso, obs. y locs. cit. en nota 8; Llambías, Jorge Joaquín, *Daños causados por productos elaborados*, en "L.L." 1979-B, p. 1095, N° 3-f); idem, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1980, t. IV-B, p. 263, N° 2945-f); Millner, ob. cit. en L.L. 143, p. 859; Levi, ob. cit., ps. 37 y ss.

¹¹ Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1956, t. II, vol. II, p. 682, N° 3.

responsabilidad civil del fabricante: 1) el interés público existente de proteger la vida y salud de los habitantes; 2) la posición de preeminencia del fabricante, quien se encuentra en situación de poder realizar un efectivo control de la calidad de sus productos, frente, en cambio, a la del consumidor, quien nada puede hacer al respecto; 3) la circunstancia de que, al lanzarse un producto al mercado, debe asegurarse que el mismo es usable o consumible sin peligro; y 4) que el fabricante está también en mejor situación para distribuir el "riesgo" entre el público consumidor, a través de un seguro cuyo costo se incorpore al precio¹².

V. La cuestión en los países del derecho escrito y en Latinoamérica

En los países del derecho escrito y en Latinoamérica, hasta no hace mucho tiempo, no existían, en general, normas específicas sobre la responsabilidad civil del fabricante.

Sin embargo, en la "Carta Europea del Consumidor" (resolución número 543 del 17 de mayo de 1973 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa), se establece concretamente el derecho al resarcimiento del daño, y en la legislación interna de los países de ese continente se adoptan medidas complementarias, como ser: la ley italiana número 426 del año 1971, sobre venta directa al público por correspondencia y seguro obligatorio para el fabricante de protección al consumidor; la francesa de protección al consumidor número 92-60 del 18 de enero de 1992, destinada a "reforzar la protección del consumidor" y en parte a reformar la anterior ley 88-14 del 5 de enero de 1988, que prevé en su art. 12 el dictado de un "Code de la consommation"; y la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios (L.C.U.) de España de 1984¹³.

¹² Rojo y Fernández-Río, ob. cit., ps. 77 y ss., núm. 12 y nota 79; Horvath, Pablo A., *La responsabilidad objetiva en el derecho privado*, en "J.A." Doctrina 1970, p. 557, núm. IV; Millner, ob. cit. en "L.L." 143, ps. 862 y ss.

¹³ Mosset Iturraspe, Jorge - Lorenzetti, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal-Cúlzoni, 1993, ps. 49 y sigte., N° XIII.

Y ya en América: México desde 1975 y 1988, Venezuela desde 1976 y Colombia desde 1979, poseen preceptivas sobre la materia; en la nueva Constitución de Brasil, del 5 de octubre de 1988, aparecen textos expresamente referidos a la defensa del consumidor, tales como su art. 3° apartado XXXII que prevé que "*El estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor*" y el 170 inc. V, que incluye también la "*defensa del consumidor*" entre los principios que deben observarse por el orden económico, en miras de "*la valorización del trabajo humano*" y "*la libre iniciativa*", para "*asegurar a todos la existencia digna*"¹⁴, amén de que hoy ya cuenta con un completo "Código de defensa do consumidor" de 119 artículos. Siendo en especial destacable la ya aludida Ley Federal de Protección al Consumidor de México, del 18 de diciembre de 1975, que entrara en vigor el 5 de febrero de 1976, cuyo art. 33, sexto párrafo, impone el deber de indemnizar los daños causados por deficiencias del producto en su fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, que determinen que el mismo no sea apto para el consumo al cual estuviese destinado; estableciendo la responsabilidad civil indistinta del productor y del vendedor frente al damnificado¹⁵.

VI. El estado de la legislación en la Argentina

En nuestro país, ni el Código Civil ni el de Comercio se habían ocupado en concreto del "consumidor", aunque tácitamente lo involucran al aludir al comprador de la cosa en el contrato de compra-

¹⁴ Arrighi, Jean M., *Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina*, en Rev. "Derecho del Consumidor" cit., vol. 1, p. 30, núm. IV.

¹⁵ Barrera Graf, Jorge, *La responsabilidad del producto en el derecho mexicano*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., ed. Depalma, 1978, vol. 11, p. 704, núm. 6; Kemelmajer de Carlucci - Tavano de Aredes, ob. cit. en Rev. "Derecho del consumidor" cit., vol. 1, 1991, p. 19; Andorno, Luis O., *Protección al consumidor: responsabilidad civil por productos elaborados*, en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., ps. 61 y ss., N° IX.

venta -arts. 1.323 del C. Civil y 450 del Cód. de Comercio-; al locatario en la locación de servicios o de obra -arts. 1.493, 1.623 y concordantes del Cód. Civil-; o al damnificado por la cosa -art. 2.176 del Cód. Civil-; etc.¹⁶. Sin perjuicio de ello se ha dicho, no obstante, que en el Código Civil "existe -y en algunos aspectos desde hace mucho tiempo- el marco jurídico indispensable para tutelar a los adquirentes de productos y usuarios de servicios"¹⁷; integrándose tal régimen con las leyes que tienden a cumplir "la misión ineludible del Estado de asegurar el correcto funcionamiento del mercado" -nota de elevación de la ley 22.262 de defensa de la competencia-; "proteger al consumidor" -nota de elevación de la ley 22.802 de lealtad comercial-; y regular los procesos económicos relativos a bienes destinados "directa o indirectamente a necesidades comunes o corrientes de la población" -art. 1 de la ley 20.680 de abastecimiento-, en especial en cuanto a las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial de los alimentos de consumo humano -nota de elevación de la ley 18.284, "Código Alimentario Argentino"-, y con relación a todo "producto de uso y aplicación en la medicina humana" -art. 1 de la ley 16.463 de medicamentos-; etc.¹⁸.

Empero, no existían en la Argentina normas específicas sobre responsabilidad civil por daños al consumidor, aunque en el año 1986 el Senado aprobó un proyecto de ley del senador León de 106 artículos, sobre defensa de los consumidores y usuarios, que no logró luego la correspondiente sanción de Diputados; y en 1989 la Cámara Baja giró a sus Comisiones de Comercio, Legislación General, Industria y Educación, un proyecto de ley de 28 artículos, preparado por los Dres. Atilio Aníbal Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel A.

¹⁶ Alterini, *El estatuto del consumidor*, cit. en "Contratos..." cit., p. 425, núm. 2-a).

¹⁷ Padilla, ob. cit. en "J.A." 1976-III, p. 765, núm. VII; Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad por productos elaborados*, Bs. As., Astrea, 1984, p. 248; Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. - Stiglitz, Gabriel A., *La protección al consumidor en el marco de un proyecto de ley*, en "L.L." 1989-B, p. 1002, núm. 1 y nota 1.

¹⁸ Alterini - López Cabana - Stiglitz, ob. cit. en "L.L." 1989-B, ps. 1002 y sig., núm. 1.

Stiglitz¹⁹, el cual mereció el respaldo de los despachos de la Comisión número 4 en el "Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños" -Buenos Aires, abril de 1989²⁰- y de la Comisión número 5 en las "Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" -San Juan, agosto de 1989-²¹.

Por último, a fines del año 1993 se promulgó, aunque con un importante veto parcial, la ley 24.240 sobre protección y defensa de los consumidores o usuarios -art. 1º-. Por esta ley quedan como obligados responsables, en cuanto "proveedores de cosas o servicios", "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios" -art. 2º-; introduciéndose una obligación de seguridad en su art. 5º que dice: "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios"; y un deber de adecuada información en sus arts. 4º -"Quienes produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos"- y 6º -"Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos"- . Y además, se establece la

¹⁹ Roust, Eduardo, *Ley de defensa del consumidor* en diario "La Ley" del 4 de octubre de 1990, sec. Información, p. 4; Alterini - López Cabana - Stiglitz, ob. cit. en "L.L." 1989-B, ps. 1013 a 1017, "Apéndice".

²⁰ Alterini-López Cabana-Stiglitz, ob. cit. en nota precedente, p. 1017; ver *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años*, Bs. As., ed. Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 290, letra "C".

²¹ *El derecho privado en la Argentina...* cit., p. 94, de "lege ferenda", letra A-2.

fuerza obligatoria de "la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados" -art. 7º-, lo que modifica en consecuencia el principio opuesto del art. 1.148 de nuestro Cód. Civil, como así también la obligatoriedad para el oferente de "las precisiones formuladas en la publicidad o en los anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión", en contraste con lo que actualmente prevé el art. 454 del Código de Comercio; se confiere legitimación para accionar judicialmente "al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional y local y al ministerio público" -art. 52-; y, en fin, se fija una prescripción especial de tres años "para las acciones y sanciones emergentes de la presente ley" en su art. 50. En tanto que entre otros fue vetado su art. 40, que precisamente sentaba el principio de la responsabilidad solidaria del "productor, fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio", por el daño resultante al consumidor "del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio", o sea que instituía un sistema de responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio y una amplia legitimación pasiva solidaria, con ulteriores acciones recursorias o de repetición entre los corresponsables²².

VII. La jurisprudencia de nuestros tribunales

No existen tampoco entre nosotros muchos precedentes jurisprudenciales sobre el tema, aunque sí se registran sin embargo algunos bastante destacables.

Así, la Sala IIIa. de la Cámara 1ra. en lo Civil y Comercial de La Plata, resolvió el 11 de junio de 1974 un caso de daños provocados por la explosión de un sifón de llenado casero²³, siguiendo los pasos

²² Mosset Iturraspe - Lorenzetti, *Defensa del consumidor*. Ley 24.240, cit., p. 307, N° I.1.

²³ Autos "Bottini de Bilbao c/ Blani Distribuidora", "E.D.", 62-297.

de otro similar decidido anteriormente por la Cámara en lo Civil y Comercial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires²⁴; y en parecido sentido existe un caso resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil de Capital Federal, por los perjuicios causados por la ampolla de un medicamento que estalló al ser limada por un médico y que al proyectarle pedazos de vidrio contra sus ojos lo dejara ciego²⁵. Antes de la reforma del Código Civil por la ley 17.711, también había prosperado una acción por el deceso de una persona a raíz de la ingestión de alimentos provistos por el concesionario de un Club²⁶, y la Cámara 2a. en lo Civil y Comercial, Sala IIa. de La Plata, resolvió el 9 de junio de 1964 el caso "Demaría c/ Abruzzese", fallo luego confirmado, aunque con distinta fundamentación, por la Suprema Corte de Buenos Aires, el 20 de junio de 1965, con motivo de una intoxicación botulínica provocada por morrones en conserva servidos en un restaurante de la ciudad de La Plata²⁷. Varios años después, otro caso parecido de intoxicación en el mismo restaurante platense, esta vez provocado por palmitos enlatados, dio lugar a un ponderado pronunciamiento de la Sala IIIa. de la Cámara 1a. en lo Civil y Comercial de La Plata, de fecha 27 de octubre de 1983, que con voto del Dr. Roncoroni resolvió entre otras cosas la aplicabilidad del art. 1113 del Código Civil a la responsabilidad extracontractual del fabricante²⁸. Y más recientemente, el 21 de abril de 1992, este mismo tribunal dictó sentencia en los autos "Simionatto c/ Sevel Argentina S.A.", en la cual si bien se hace lugar a la responsabilidad extracontractual del fabricante no vendedor, por los daños que sufren los consumidores o usuarios de un producto con defectos de fabricación, se anota una

²⁴ Cam. Civ. Com. Mercedes, 4-4-72, "Loruso c/ Vega", "E.D.", 47-701.

²⁵ Cam. Nac. Civil, Sala A, 11/8/67, "Romero c/ Laboratorios York", "L.L." 134-1210 (18.334-S).

²⁶ Cam. Nac. Civil, Sala C, 26/4/58, "Sánchez c/ Club Italiano", "L.L.", 83-415.

²⁷ Cam. Civ. 2a. La Plata, Sala IIa., 9/6/64 y S.C.B.A., 20/6/65, "Demaría c/ Abruzzese", "J.A.", 1965-V-120 y "L.L.", 119-383.

²⁸ Cam. 1a. Civ. Com., Sala IIIa. La Plata, 2/10/83, "Caprarella de Hernández c/ Boccabella", "L.L.", 1985-D-29, con nota aprobatoria de Gabriel Stiglitz, *El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados*, ps. 13 y ss.

disparidad de criterio en su fundamentación dado que el Dr. Pérez Crocco, juez opinante en primer término, se basa en lo dispuesto en el art. 1109 del Cód. Civil, aunque dando por presumida la culpa del fabricante, ya que la existencia de un vicio de fábrica evidencia, "*res ipsa loquerit*", que ha existido aquélla; en tanto que el Dr. Roncoroni mantiene su anterior posición sobre la aplicabilidad del art. 1113 del Cód. Civil²⁹. Finalmente también merece mencionarse un caso de responsabilidad emergente de la defectuosa publicidad de un producto veterinario (piojicida) de alto poder tóxico, que produjo la muerte de 83 vacunos a los que se aplicara, todo en razón de la inadecuada información publicitaria³⁰; debiendo señalarse que, según ya se viera, esta exigencia de la adecuada información al consumidor constituye hoy un deber legal previsto con carácter general en el art. 4° de la ley 24.240, y particular, para las cosas y servicios "*cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios*", en su art. 6°.

VIII. La doctrina autoral

Nuestra doctrina se ocupó con bastante asiduidad de esta temática en la década de los años ochenta; habiendo sido además abordada en distintos encuentros y jornadas científicos, tales como las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata, en setiembre de 1981³¹; las "Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho" de Punta del

²⁹ Revista "Derecho del consumidor", Rosario, ed. Juris, 1993, N° 3, ps. 57 y ss.

³⁰ Cam. Nac. Civil, Sala A, 12/4/79, "Estancias del Oeste c/ Bayer Argentina S.A.", "E.D." 84-483; "Rev. del Dcho. Com. y de las Obligs.", vol. 13, p. 12; "L.L." 1979-C-616, Jurispr. Agrup. 3688.

³¹ "El derecho privado en la argentina..." cit., ps. 37 y sig., Comisión 2. Sobre estas Jornadas puede verse Goldenberg, Isidoro H., *La responsabilidad civil por los productos elaborados*, en "J.A.", 1982-I, ps. 746 y ss.; Trigo Represas, Félix A., *La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, en "L.L.", 1982-B, ps. 663 y ss.

Este (República Oriental del Uruguay), en noviembre de 1986³²; las "Primeras Jornadas de responsabilidad por productos farmacéuticos y medicinales" de Morón, de agosto de 1986 y abril de 1987³³; "Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños" de Buenos Aires, de abril de 1989³⁴; las "Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" de San Juan, de agosto de 1989³⁵; y las "Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros" de 1989³⁶.

IX. El régimen de los daños al consumidor en nuestro derecho privado positivo

Señalemos, ante todo, que existe en nuestro ordenamiento desde tiempo atrás un régimen especial de responsabilidad por productos farmacéuticos, contemplado en el art. 29 de la ley nacional 17.565. El farmacéutico es un profesional que hoy en día vende habitualmente productos elaborados por los laboratorios, aunque también puede preparar medicamentos sobre la base de fórmulas y recetas prescriptas por los médicos, y de ahí que el referido artículo 29 disponga que: "*El farmacéutico es personalmente responsable de la pureza y origen de los productos que despache o emplee en sus preparaciones, como asimismo de la sustitución del producto, alteración de dosis y preparación defectuosa de medicamentos. En cuanto a las especialidades medicinales, sólo será responsable de la legitimidad de las mismas, procedencia y estado de conservación*". Lo cual permite presuponer por vía de una interpretación *a contrario sensu*, que en estos últimos casos la responsabilidad habrá de recaer sobre el fabricante de tales productos.

³² *El derecho privado en la Argentina...*, cit. ps. 157 y sig., Comisión 1.

³³ *El derecho privado en la Argentina...*, cit., ps. 251 y sig., y 254 y sig., Comisiones 3 y 5.

³⁴ *El derecho privado en la Argentina...*, cit., ps. 289 y sig.

³⁵ *El derecho privado en la Argentina...*, cit., ps. 93 y sig., Comisión 6.

³⁶ *El derecho privado en la Argentina...*, cit., ps. 274 y sig., Comisión 2.

Fuera de ello, habrá que recurrir a los principios comunes del derecho privado -Código Civil o en su caso el mercantil- para buscar la solución a los problemas de la responsabilidad civil por daños ocasionados por productos elaborados; atento que, como el veto parcial de la ley 24.240 alcanzó a su art. 40, referido concretamente a la responsabilidad por daños, dicho régimen quedó nuevamente sin una regulación específica. Y ello genera un problema inicial, cual es el de determinar en cada caso si se trata de responsabilidad por incumplimiento de contrato o extracontractual, atento la tajante separación entre ambas resultante de lo establecido por el art. 1107 del C. Civil, y de las concretas diferencias existentes entre tales regímenes, en particular en punto a prescriptibilidad de las respectivas acciones y a la extensión o medida del resarcimiento³⁷.

Lo dicho impone pues tratar separadamente los distintos supuestos que pueden presentarse: responsabilidad del fabricante -vendedor frente al adquirente, del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, del fabricante frente a otros terceros, la responsabilidad concurrente del dueño y guardián de la cosa viciosa, la responsabilidad del proveedor no fabricante y la responsabilidad colectiva, tal como se lo hace a continuación.

X. Primer supuesto: responsabilidad del fabricante-vendedor frente al adquirente

En este caso media un vínculo contractual entre las partes, por lo que la responsabilidad, de existir, habrá de ser contractual.

La misma podría fundamentarse ante todo en los vicios redhibitorios del producto defectuoso -art. 2164 del C. Civil-, atento que cabe la indemnización de todos los perjuicios que pueda haber

³⁷ Sobre este tema puede verse: Trigo Represas, Félix A., *Unificación de la responsabilidad por daños*, en "Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe", Bs. As., ed. La Rocca, 1989, ps. 73 y ss.

sufrido el adquirente -art. 2176 C. Civil-, en razón de que es dable suponer que el fabricante conocía o debía conocer tales vicios³⁸. Pero para accionar de esta manera se debe ejercitar la acción redhibitoria o de rescisión del contrato y no la "*quantum minoris*", y en el muy breve plazo de tres meses previsto en el artículo 4.041 del Código Civil, lo cual torna bastante problemática a dicha acción³⁹.

Se sostuvo también que el fabricante asume un deber de seguridad, que encuentra sustento en el principio de la buena fe del art. 1.198, primer párrafo del Cód. Civil; por lo que habrá de responder por los vicios de los productos que lance al mercado y que había garantizado tácitamente que no tenían defectos. Y este incumplimiento contractual, al no tener ningún plazo especial de prescripción, se rige en cambio por el término decenal, ordinario, del art. 4023 del Cód. Civil. Precisamente es este fundamento el aceptado en el ya mencionado fallo de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial, Sala IIIa.,

³⁸ Andorno, *Protección al consumidor...*, cit., en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., p. 53, Nº 00-2.; Goldenberg, ob. cit., en "J.A." 1982-I, p. 747, núm. III; Kemelmajer de Carlucci, Aída, en el *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni*, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, p. 536, párr.60-a); Kemelmajer de Carlucci, Aída - Parellada, Carlos A., su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 1981, p. 88; Stiglitz, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 93, núm. 91; Ramella, Anteo E. su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, cit., p. 93; Llambías, Jorge Joaquín, *Daños causados por productos elaborados* en "L.L.", 1979-B, p. 1096 y nota 18; idem, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1980, t. IV-B, p. 266, nota 359 in-fine; Salerno, Marcelo Urbano, *Responsabilidad del fabricante por productos elaborados (base para una futura legislación)* en "E.D.", 95, p. 779, núm. II. Comparar: López Cabana, Roberto M. - Lloveras, Néstor L., *La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados*, en "E.D.", v. 64, ps. 588 y sig., núm. 21, para quiénes los daños indemnizables serían sólo los derivados de la rescisión de la compraventa, esto es los daños al interés negativo. En contra: Bustamante Alsina, ob. cit. en "L.L.", 143, p. 871, núm. II; Compagnucci de Caso, ob. cit. en *Temas de responsabilidad civil...*, cit., p. 275.

³⁹ Alterini, *Estatuto del consumidor*, cit., ps. 428 y sig., núm. 2-b)-6; López Cabana - Lloveras, ob. cit. en "E.D.", 64, p. 559, núm. 21 in-fine; Trigo Represas, ob. cit. en "L.L.", 1982-B, ps. 675 y sig., núm. VI-3; Zannoni, ob. cit., ps. 299 y sig., núm. IX, y ps. 311/313, letra "E".

normas sobre evicción de los arts. 2090 y 2109 del Cód. Civil⁴², tal como lo hiciera un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial de Capital Federal del 29 de julio de 1983⁴³; atento que de esta forma el consumidor podría saltar por sobre los distintos intermediarios y accionar directamente contra el fabricante. Pero ello no resulta práctico, y además creemos que no es procedente, atento que para poder demandar "todos los otros daños sufridos" conforme al art. 2176 del Cod. Civil, es necesario ejercitar la acción redhibitoria o de rescisión contractual, lo cual resulta impensable cuando se trata de demandar a un fabricante con el cual el consumidor no había celebrado ningún contrato⁴⁴.

Ergo, tratándose acá de un supuesto en donde no media vinculación contractual entre el fabricante y el consumidor, nos encontramos frente a un caso de típica responsabilidad extracontractual.

Pero una vez así caracterizada esta responsabilidad, se suscita de inmediato otra duda: ¿se trata de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, del art. 1109 del C. Civil, que exigiría la demostración de la culpa del fabricante; o se puede entender que constituye un supuesto de responsabilidad objetiva, encuadrable como daño causado por el "riesgo o vicio" de la cosa del art. 1113; en cuyo caso al damnificado le bastaría con probar el daño y que fue ocasionado con intervención del producto elaborado?.

⁴² Salvat-Acuña Anzorena, ob. cit., t. III, p. 460, núm. 2354; Lafaille, Héctor, *Tratado de los contratos*, Bs. As., Ediar, 1953, t. I, ps. 510 y sig., núm. 450; Piantoni, Mario A., *Contratos civiles*, Córdoba-Bs. Aires, ed. Lernes, 1975, t. I, p. 294, núm. 22; Rezzónico, Luis María, *Estudios de los contratos*, 2a., ed., Bs. As., Depalma, 1958, t. I, p. 242; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, Bs. As., Perrot, 1961, t. I, p. 168, núm. 233; Cam. Nac. Comercial, Sala B, 4/12/80, "Gino c/ Surrey", "E.D.", 92-561; Cam. Nac. Civil, Sala C, 30/7/58 "Fiedmann c/ Iarussi", "L.L.", 93-159; Cam. Civ. 2a. Cap. Fed., 11/3/38, "Della Chiessa c/ Madaio", "L.L.", 9-751.

⁴³ Cam. Nac. Comercial, Sala D. 29/7/83, "Corletti c/ Marshall Arg.", "L.L.", 1984-A-388.

⁴⁴ Trigo Represas, ob. cit. en "L.L.", 1982-B, p. 677, núm. 4; Zannoni, ob. cit., ps. 315/318, núm.2-A); Kemelmajer de Carlucci - Parellada, su ponencia en *Ponencias VIII Jornadas Nacionales...*, cit., p. 89, donde se lee: "Aunque la acción de orden contractual tendría fuerte apoyo en el art. 2096 del Cód. Civil, entendemos que se está en la órbita extracontractual".

Una corriente doctrinal sostenida, entre otros, por los doctores Bustamante Alsina, Ghersi, Highton, Llambías, Salerno y Videla Escalada, sostuvo la primera solución, aunque con una variante que atenuaba considerablemente sus consecuencias: una vez acreditado el vicio o defecto de la cosa, ello presume la culpa del fabricante, pues tal situación "habla por sí sola" (*res ipsa loquitur*)⁴⁵; siendo ésta la postura que prevaleció en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata, año 1981⁴⁶, y fue luego receptada en el ya mencionado voto del Dr. Pérez Crocco en el fallo de la Sala III de la Cám. Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 21 de abril de 1992, recaído en los autos "Simionato c/ Sevel Argentina S.A."⁴⁷. Para Compagnucci de Caso, en cambio, se trata de una responsabilidad subjetiva y se aplica lisa y llanamente el art. 1109 del C. Civil, o sea que en su opinión no puede existir ninguna inversión del "*onus probandi*"⁴⁸. En apoyo de la tesis subjetiva se sostuvo la inaplicabilidad de lo establecido en el art. 1113 del Cód. Civil, en razón de que al tiempo de producirse el daño al consumidor, el fabricante ya no reviste la calidad ni de dueño ni de guardián de la cosa, siendo que aquella norma responsabiliza únicamente a los mismos de los daños producidos con intervención de cosas⁴⁹.

⁴⁵ Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., ps. 426 y ss., núm. 1113 y ss.; Llambías, ob. cit. en "L.L." 1979-B, p. 1097, núm. 7 y *Trat. de dcho. civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 269 y ss., núm. 2.949; Salerno, ob. cit. en "E.D." 95, ps. 779 y sig., núm. II; Ghersi, Carlos - Highton, Elena I. - Ramella, Anteo E. y Videla Escalada, Federico N., sus ponencias en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales...*, cit. ps. 79 y ss., 87, 93 y 115 y ss., respectivamente. Y asimismo las ponencias inéditas de: Enrique Tomás Bianchi y Luis María Piaggio, de Juan José Casiello, y de Nelly Dora Bouzan de Solimano.

⁴⁶ *El derecho privado en la Argentina...*, cit., p. 37, Comisión 2, punto II.

⁴⁷ Revista "Derecho del consumidor", Rosario, ed. Juris, N° 3, ps. 57 y ss.

⁴⁸ Compagnucci de Caso, ob. cit. en *Temas de responsabilidad civil...*, cit., p. 272, núm. 3-b), donde sostiene la misma postura de los autores mencionados en la nota precedente; pero en las "Jornadas" modificó su parecer y se manifestó tal como se expresa en el texto.

⁴⁹ Bustamante Alsina, *Teoría general de la resp. civil*, cit., ps. 400 y sig., núms. 1113 y 1115; Llambías, ob. cit. en "L.L." 1979-B, ps. 1097 y ss., nota 22; idem, *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, p. 271, nota 363; Videla Escalada su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales...*, cit., ps. 113 a 116; ponencias inéditas de Juan José Casiello y de Bianchi-Codeglia-Esteguy-Piaggio.

Para otra tendencia -Atilio A. Alterini, Garrido y Andorno, Goldemberg, Kemelmajer de Carlucci, López Cabana y Lloveras, Messina de Estrella Gutiérrez, Pardo, Pizarro, Gabriel Stiglitz, Trigo Represas, Zannoni, etc.- se trata en cambio de un típico supuesto de daño causado por el "riesgo de la cosa", riesgo que es generado por el "vicio" o defecto de la misma; sosteniéndose además que el art. 1113 del C. Civil no responsabiliza solamente al dueño o al guardián de la cosa, sino a todo el que se sirva de la misma -primer párrafo del citado artículo-, siendo obvio que el fabricante que lanza al mercado y lucra con la comercialización de las cosas que produce, se sirve de ellas, ya que obtiene de esa manera un provecho económico⁵⁰. Esta tesis, minorista en las mencionadas "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata de 1981, fue luego la que se impuso en las "Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil" de Punta del

⁵⁰ Andorno, *Protección al consumidor...*, cit., en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., ps. 55 y sig., N° III; Alterini, Atilio A., *La responsabilidad civil por productos. Estado de la cuestión en el derecho argentino* en "L.L." 1989-E, p. 1185; Garrido, Roque - Andorno, Luiz O., *El artículo 1.113 del Código Civil. Comentado. Anotado*, Bs. As., Hammurabi, 1983, ps. 438 y sig.; Goldenberg, ob. cit. en "J.A." 1982-I, ps. 748 y sig., núm IV; Kemelmajer de Carlucci en el "Cód. civil..." de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, ps. 549 y sig., párr. 64-i); López Cabana - Lloveras, ob. cit. en "E.D.", v. 64, p. 572, núm. 44; Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 74 y sig., núm. 4; Pardo, Alberto Juan, su ponencia inédita en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de La Plata, año 1981; Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Bs. As., ed. Universidad, 1983, ps. 558 a 562, núm. 3-c)-2); Stiglitz, *Protección jurídica del consumidor*, cit., ps. 95 y sig., núm. 92; Trigo Represas, ob. cit. en "L.L.", 1982-B, ps. 678 y sig., núm. VI-4); Zannoni, ob. cit., ps. 322 a 324; Cam. Nac. Comercial, Sala E, 22/8/86, "Severino c/ Boris Garfunkel e hijos", "L.L.", 1986-E-642. La S.C.B.A. y la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil han resuelto con carácter general que en la responsabilidad por riesgo creado existe además del dueño o del guardián otro legitimado pasivo: quien, sin revestir ninguno de aquellos caracteres, se sirva de la cosa (S.C.B.A., 11/5/93, "Re c/ Jockey Club de Mar del Plata", "L.L.", 1994-D-11, "J.A.", 1994-I-591 y D.J.B.A. 144-3.247; Cam. Nac. Civ., Sala D. 18/3/92, "Aguirre vda. de Borche c/ Silva", "J.A." 1992-III-241; conformes: Galdós, Jorge Mario, *El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires*, en el N° 11 de "Estudios de Derecho Comercial", San Isidro, 1995, ps. 125 y ss. y ps. 135 y sigte., N° III; Vázquez Ferreyra nota al cit. fallo de la S.C.B.A. en "J.A.", 1994-I, p. 595, N° II-b); Weingarten-Gherssi, nota al mismo fallo de la S.C.B.A. en "L.L.", 1994-D, p. 16, N° IV).

Este de 1986⁵¹, y en subsiguientes encuentros científico-jurídicos. Y también fue receptada en el prealudido pronunciamiento de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial, Sala IIIa. de La Plata, del 27 de octubre de 1983⁵².

Esta postura también encuentra hoy adecuada apoyatura en lo dispuesto en los arts. 5 y 6 de la ley 24.240, ya que las cosas y servicios que se suministren no deben presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores, y si se tratare de aquellos "cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos"; de forma tal que el daño provendría: o bien del "riesgo" generado por una cosa o servicio de los que razonablemente no cabía esperar ningún peligro y que sin embargo lo implicaron, o bien de cosas o servicios *per se* riesgosos y con relación a cuya comercialización no se observaron las razonables medidas de seguridad, hipótesis ambas perfectamente encuadrables en la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil.

Todo lo dicho vale, sin perjuicio de que igualmente pueda existir una responsabilidad extracontractual culposa por violación de las diligencias exigibles -art. 1109 Cód. Civil- y aún dolosa, por la comisión de un delito que afecte a la salud -arts. 200 del Cód. Penal; 1072 y concordantes, del Cód. Civ.-; la prueba de lo cual, sin embargo, corre por cuenta de quien lo pretenda.

XII. Tercer supuesto: fabricante frente a otros terceros

Acá, no existiendo vínculo contractual entre el fabricante y los terceros damnificados, se trata sin duda de responsabilidad

⁵¹ *El derecho privado en la Argentina*, cit., p. 37, Comisión N° 2, punto II; y p. 157, Comisión N° 1, punto II.2.

⁵² Ver nota 28.

extracontractual; aplicándose los mismos principios considerados precedentemente⁵³.

En particular reviste especial importancia este supuesto, cuando quiénes demandan son los herederos del damnificado directo fallecido, cuya acción se considera hoy en día como "*iure proprio*", y que al no tener ninguna relación negocial previa con el fabricante, como sí pudo haberla tenido el muerto, necesariamente ha de ser responsabilidad extracontractual⁵⁴. Así lo decidió la Suprema Corte de Buenos Aires al variar los fundamentos de la condenación en los autos "Demaría c/ Abruzzese"⁵⁵; siendo también lo resuelto por la Sala IIIa. de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, en su mencionada sentencia del 27 de octubre de 1983, con relación a los accionantes que eran deudos del fallecido damnificado directo⁵⁶.

XIII. Cuarto supuesto: Responsabilidad concurrente del dueño y guardián de la cosa viciosa

Se controvierte si, además del fabricante, pueden también ser responsables el dueño o el guardián de la cosa, en cuyo poder actual se encontraba la misma al tiempo de la causación del daño -art. 1113 del Cód. Civil-

⁵³ Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, ed. Platense, 1976, t. 4, p. 226; Kemelmajer de Carlucci en el *Cód. Civil...* de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, ps. 540 y sig., párr. 63; Llambías, *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. III, ps. 609 y ss., núm. 2204 y nota 213; Pizarro, ob. cit., p. 563, núm. 3-d); Zannoni, ob. cit., ps. 345 y sig., núm. 4-E.

⁵⁴ Llambías, ob. cit. en "L.L.", 1979-B, p. 1100, núm. 14-a) y nota 34; idem *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 277 y ss., núm. 2956-a) y nota 375; Kemelmajer de Carlucci, en el *Cód. civil...* de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, p. 169, párr. 3-d) y nota 17; Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2a. ed., Bs. As., Hammurabi, 1991, t. 1, ps. 522 y ss., párr. 36 y nota 4; Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de su profesión* en "L.L.", 1981-B, ps. 775 y ss., núm. I-C), último párrafo; idem, ob. cit. en "L.L.", 1982-B, ps. 680 y ss., núm. VI-5.

⁵⁵ Fallo citado en nota 27.

⁵⁶ Fallo citado en nota 28.

López Cabana y Lloveras se habían pronunciado tiempo atrás rechazando tal posibilidad⁵⁷; en tanto que Llambías sostuvo que tal entendimiento importaba dejar de lado una obligación que aparece expresamente contemplada en el texto vigente del art. 1113 del Cód. Civil⁵⁸. Luego, más recientemente, esta última postura fue también aceptada por López Cabana en un ulterior trabajo suyo, esta vez en colaboración con Atilio Aníbal Alterini⁵⁹. Siendo asimismo la solución acogida en el fallo de la Sala IIIa. de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 2 de octubre de 1983, para responsabilizar a los dueños del restaurante en donde se sirvieran los palmitos adquiridos en lata que produjeran una intoxicación botulínica, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que también hubiera podido haber a su fabricante. En esta oportunidad se dijo que los dueños de la casa de comidas, intermediarios del producto al consumidor final, no habían tenido un papel meramente pasivo como el que puede habitualmente corresponder al comerciante minorista que vende a terceros productos envasados y cerrados herméticamente, sobre cuya bondad no está entonces en condiciones de opinar (salvo que mediase alguna circunstancia exterior demostrativa), habiendo existido también culpa o negligencia de aquéllos, ya que se debieron abrir las latas para poder servir el producto y ello posibilitaba en mayor medida la constatación de su estado, amén de que no se tuvo en cuenta tampoco la circunstancia de que las latas de palmito adquiridas, en cuyos rótulos no se mencionaba al importador, carecían igualmente de la inscripción de la autorización para su comercialización en el país en el Registro Nacional de Productos Alimenticios, la que por otra parte mal podían tener atento que una de las marcas nunca fue

⁵⁷ Ob. cit. en "E.D.", v. 64, p. 573, núm. 44.

⁵⁸ Llambías, ob. cit. en "L.L.", 1979-B, p. 1099, núm. 11; idem *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, p. 275, núm. 2953. En igual sentido: Trigo Represas, ob. cit. en "L.L.", 1982-B, ps. 682 y sig., núm. VI-6); Andorno, *Protección al consumidor...* cit., en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., ps. 58 y sig., N° V.

⁵⁹ Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad por daños al consumidor*, en "L.L.", 1987-A, ps. 1040 y ss. y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Bs. As., ed. La Ley, 1988, ps. 247 y ss.

autorizada y la otra recién obtuvo su habilitación después de producida la intoxicación del caso en cuestión⁶⁰.

XIV. Quinto supuesto: responsabilidad del proveedor no fabricante

Mucho antes de la vigencia de la ley 24.240 sostuvimos que, en el caso del proveedor no fabricante, sólo serían factibles las acciones redhibitoria y de daños y perjuicios del art. 2176 del C. Civil, siempre y cuando el mismo hubiese conocido o debido conocer los vicios y defectos ocultos de la cosa vendida, lo que no siempre ocurría⁶¹.

A la luz de las preceptivas de la ley 24.240 es otra nuestra opinión. En efecto, el "proveedor" está mencionado entre las personas obligadas al cumplimiento de dicha ley -art. 2º-, o sea que pesan sobre él también el deber de seguridad o de "protección al consumidor" del art. 5º de la ley, que determina que "*Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores*", y el deber genérico de brindar información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de las cosas o servicios suministrados, del art. 4º de la misma ley; agravado cuando se trata de cosas y servicios riesgosos, los que "*deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos*". Y ello con tanta mayor razón, cuando el vicio no fuese de fabricación sino de conservación por parte del propio proveedor, en cuyo supuesto además mediará culpa o dolo de este último.

Sin embargo, no puede desconocerse que el comerciante revendedor, que antes solía ser un especialista, se ha transformado ahora, en

⁶⁰ Fallo citado en nota 28.

⁶¹ Trigo Represas, Félix A., *La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, en "L.L.", 1982-B, p. 683, Nº 7.

general, en un profano de las mercaderías que vende, dado que los procesos de fabricación de los productos le son habitualmente desconocidos; los envoltorios herméticamente cerrados mediante precintos u otros procedimientos le impiden un examen personal y directo de la mercancía; y, por lo demás, la mayoría de las veces carecerá inclusive de la necesaria preparación y conocimientos para ello⁶². Por todo lo cual coincidimos con Mosset Iturraspe y Lorenzetti, en que debe admitirse que el proveedor no fabricante se pueda eximir de responsabilidad demostrando, no únicamente la ruptura del nexo causal, por tratarse por ejemplo de un vicio de fabricación o diseño sólo imputable al fabricante, sino, asimismo, como un supuesto de ausencia de culpa de su parte, que el vicio en cuestión no era conocido o cognoscible empleando la diligencia debida⁶³. El art. 1592 del "Proyecto de reformas al Código Civil" de la "Comisión del P.E.", sólo responsabiliza al "*vendedor... por los defectos del producto que le son imputables y por la inobservancia de las normas que rigen su comercialización*", aunque agrega que: "*También será responsable cuando ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente pudiese ser identificada o no tuviese domicilio en el país*".

XV. Sexto supuesto: responsabilidad colectiva

Para la hipótesis de daños causados por un grupo de fabricantes o bien de una cadena que involucre al fabricante, al importador, al intermediario (distribuidor o proveedor); al vendedor, o a quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, el vetado art. 40 de la ley 24.240 establecía su responsabilidad solidaria frente al damnificado, sin perjuicio de las acciones de repetición que luego pudiesen corresponder entre ellos.

⁶² Rojo y Fernández-Rfo, ob. cit., ps. 25 y sig., Nº 2; Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil*; 2a. ed., Madrid, Montecorvo, 1977, p. 552, Nº III.

⁶³ Mosset Iturraspe - Lorenzetti, *Defensa del consumidor*, cit., p. 351, Nº 1-d).

La supresión de dicho texto obliga nuevamente a ocurrir a los principios generales de nuestro derecho privado, aunque sin olvidar que el vigente art. 2º de la ley 24.240 dispone en su primer párrafo que: "*Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*".

En este caso nos encontramos frente a un supuesto de causación individual, en el que sin embargo no se conoce al autor sino al grupo o conjunto del cual provino el daño. Ahora bien, estando acreditado el nexo causal entre el daño y la acción colectiva del conjunto o grupo de presuntos responsables, la tendencia actual es tenerlos a todos ellos como tales, en cuanto *posibles* autores del perjuicio. Y el juicio de reproche a todos los componentes del grupo se funda en la circunstancia de que la acción del conjunto, aprehendida como fenómeno unitario, fue la que posibilitó la consecuencia dañosa; como así también, a la inversa, que sin esa participación grupal, tal resultado no habría acontecido⁶⁴.

⁶⁴ Bustamante Alsina, Jorge H., *La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños*, en "L.L." v. 142, ps. 976 y ss.; idem, *Teoría gral. de la resp. civil*, cit., ps. 583 y ss., N° 1685 y ss.; Gesualdi, Dorá Mariana, *La responsabilidad colectiva*, en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990, t. II, ps. 152 y ss.; Goldenberg, *La relación de causalidad...*, cit. ps. 152 y ss. § 37-b); López Cabana, Roberto M., *Responsabilidad colectiva. Régimen Legal en Argentina y Latinoamérica*, en "L.L.", 1986-B, ps. 936 y ss. y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, cit., ps. 225 y ss.; López Cabana, Roberto M. y Lloveras, Néstor L., *La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino*, en "E.D.", v. 48, ps. 799 y ss.; Llambías, Jorge Joaquín, *Responsabilidad colectiva o anónima*, en "E.D.", v. 83, ps. 783 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge, *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado*, en "J.A.", Doctrina 1973, ps. 1 y ss. y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, cit., t. II, ps. 305 y ss.; idem, *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, ps. 19 y ss., N° 2 y 3; Zavala de González, Matilde, *El daño colectivo* en "Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", Bs. As., ed. La Rocca, 1989, ps. 437 y ss.

En nuestro derecho positivo, tal responsabilidad "colectiva" sólo está contemplada en la parte final del art. 1119 del Cód. Civil, con relación a los supuestos de daños causados por cosas caídas o arrojadas a la calle desde un edificio, "cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede"; aunque nuestra doctrina ha inducido de tal preceptiva un principio de carácter general⁶⁵. Empero subsiste una discrepancia doctrinaria de importancia, atento que mientras algunos autores entienden que esa obligación grupal sería *in solidum*⁶⁶, otros sostienen la responsabilidad simplemente mancomunada, en razón de que es ésta la que resulta del texto del art. 1121 del Cód. Civil, para los supuestos de pluralidad de responsables del art. 1119 del mismo Código, como de excepción aun vigente al principio general de la solidaridad de los arts. 1081 y 1109 del Código Civil⁶⁷. En el Proyecto de Reformas de 1987, en cambio, ese principio general de la responsabilidad solidaria se incluía expresamente en el nuevo texto que se propiciaba para el art. 1119 del Cód. Civil; y algo similar sucede con el art. 1591 del Proyecto de reformas de la "Comisión del P.E.", que establece "*La responsabilidad ...indistinta, sin perjuicio de las acciones rectorias*", lo cual importa las mismas consecuencias de la solidaridad en lo que atañe a las relaciones de "obligación" entre el damnificado-acreedor y los corresponsables.

⁶⁵ Gesualdi, ob. cit. en *Resp. por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, cit., t. II, p. 152, N° IV-C; López Cabana, *Resp. colectiva...*, cit. en "L.L.", 1986-B, ps. 936 y ss., N° III y en *Cuestiones modernas de resp. civil*, cit. ps. 230 y ss., N° III; Kemelmajer de Carlucci, en el *Cód. Civil...* de Belluscio-Zannoni cit., t. 5, p. 657, art. 1119, § 11; Llambías, *Trat. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 284 y ss., N° 2960; Mosset Iturraspe, *Resp. por daños. Resp. colectiva*, cit., ps. 44 y ss., N° 3-f).

⁶⁶ Carranza, Jorge A., *Reflexiones sobre la atribución de la obligación de indemnizar los daños causados por hechos de terrorismo*, en "L.L." 1979-D, p. 794; Mosset Iturraspe, *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado*, cit. en "Estudios sobre responsabilidad por daños" cit., t. II, p. 305.

⁶⁷ López Cabana, Roberto, *Responsabilidad colectiva*, cit. en "L.L.", 1986-B-941; López Cabana y Lloveras, *La responsabilidad colectiva*, cit. en "E.D.", 48-799; Llambías, Jorge Joaquín, *Responsabilidad colectiva o anónima* en "E.D.", 83-783; Trigo Represas, Félix A. en Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 3a. ed., La Plata, Platense, 1994, t. IV, p. 742, N° 2510.

ÍNDICE

<i>La Constitución de 1994 y el contrato</i> , José Julián Carneiro ..	13
<i>El consumidor en la contratación moderna</i> , María Luisa Casas de Chamorro Vanasco	27
<i>La reforma constitucional de 1994 y el contrato</i> , José María Gastaldi	57
<i>El derecho al nombre en las convenciones internacionales con jerarquía constitucional. Incidencia sobre la legislación del país en la materia</i> , Ernesto E. Nieto Blanc	75
<i>El Mercosur ante la nueva constitución: la armonía legislativa interna</i> , Marcelo Urbano Salerno	93
<i>La protección al consumidor en nuestro país, a la luz de los nuevos textos constitucionales</i> , Félix Alberto Trigo Represas	107