

Capítulo V

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO PRIVADO COMÚN. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS

1. **FUENTES DEL DERECHO** EL CCYCYN COMO FUENTE DEL DERECHO PRIVADO COMÚN

1.1. Significados de la expresión "fuente"

La expresión "fuentes del Derecho" puede entenderse en dos sentidos:

- fuentes *materiales* o de *producción*.
- fuentes *formales* o de *cognición*

a) *Fuentes materiales o de producción*

Fuente material es todo factor, acontecimiento o hecho (social, económico, cultural, jurídico, etcétera) que genera la creación de una norma jurídica. En otras palabras, la fuente material explica por qué se producen determinadas normas jurídicas. Por ejemplo, la crisis económico-financiera, especialmente la corrida bancaria que vivió la República Argentina a fines del año 2001 (acontecimiento económico y social, fuente material), determinó el dictado del decreto 1570/01 (fuente formal, norma jurídica) que creó el llamado "corralito financiero", por el cual los ahorristas no podían retirar su dinero de las cuentas bancarias.

b) *Fuente formal*

Fuente formal es la manera como la norma jurídica se expresa a través de los modos idóneos de creación del Derecho establecidos por el ordenamiento jurídico. Dado que el Derecho se conoce mediante esas fuentes, también se las denomina fuentes de *cognición*.

Las fuentes formales del derecho son: la ley; la costumbre; la jurisprudencia. Algunos autores agregan como fuentes independientes los principios generales del derecho y los actos jurídicos; para otros, estas dos se incluyen dentro de la ley.

1.2. Las fuentes formales en particular

1.2.1. La Ley

a) Concepto

La ley es la *norma general establecida por escrito por el legislador*. De esta definición se extraen los siguientes caracteres:

- La ley establece una *pauta de conducta* para los individuos a quienes va dirigida e intenta dar un sentido a esa conducta.
- Esa pauta es *general*, pues tiene como destinataria a la comunidad de modo *indeterminado* (por ejemplo, la Ley 24-240 rige los derechos de los consumidores en general); o sea, no se dirige a personas determinadas (como es, por ejemplo, una sentencia judicial que rige el caso planteado por los litigantes).
- Es *escrita*, respetándose el trámite de formación de las leyes estatuido por la Constitución Nacional para las normas nacionales, y por las Constituciones provinciales para las normas locales.
- Emana del *órgano competente* para dictarla.

b) Significados de la palabra ley

La expresión "ley" puede ser usada en sentido *material* y en sentido *formal*.

Ley en sentido *material* es toda norma *general* dictada por escrito por quien tiene *competencia al efecto*. Quedan comprendidas dentro de esta concepción amplia: la ley en sentido estricto, dictada por el Poder Legislativo (nacional o provincial), así como los decretos del Poder Ejecutivo (nacional y provincial y municipal), las ordenanzas de los Consejos Deliberantes de cada municipio, las resoluciones del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación y de los Ministros del Poder Ejecutivo Provincial, etcétera.

Ley en sentido *formal* es la dictada por el *legislador* (Congreso de la Nación o Legislaturas provinciales) con arreglo a las formalidades prescriptas por la normativa constitucional (arts. 77 a 84 CN, y arts. 100 a 104 de la Constitución de la provincia de Mendoza). Son ejemplos de ley en sentido formal el Código de Vélez Sarsfield (derogado), el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la Ley de Concursos y Quiebras 24-522, el Código Penal, etcétera.

c) Clasificación de las leyes según el juego de la voluntad individual

Las leyes son *imperativas* o *supletorias* según la actuación que pueda jugar la voluntad individual de cada persona.

Las *leyes imperativas* —o *indisponibles* como también las llama el CCyC— son las que se imponen a los particulares, quienes no pueden dejarlas sin efecto a través de actos

jurídicos, pues interesan primordialmente al orden público (art. 12 CCyC). Por ejemplo: la cláusula pactada por la cual, en un contrato con cláusulas generales predisuestas, el banco se *exime de toda responsabilidad por la sustracción de los bienes guardados en el interior de la caja de seguridad*, se tiene por no escrita por violar los arts. 988, inc. 1, 1117, 1119, 1413 y 1414 del CCyC, normas imperativas que protegen los derechos del cliente consumidor. La cláusula del ejemplo desnaturaliza la obligación principal del banco, cual es, la de custodiar los objetos guardados por el usuario en la caja de seguridad.

Las *leyes supletorias*, llamadas también *dispositivas* tienen dos características: (i) se entienden incorporadas al contrato sin necesidad de pacto expreso; o sea, tienden a integrar o interpretar la voluntad expresada en una regulación que únicamente atañe a las partes del acto jurídico, realizada en un ámbito de libertad; por eso, no es necesario incorporar al contrato celebrado por las partes todas las disposiciones que ya están en la ley; (ii) si las partes quieren, pueden excluirlas en su contrato. O sea, las partes podrían "disponer" de la norma, anteponiendo sus propias normas. Por ejemplo, el art. 806 del CCyC establece que la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación; un contrato de compraventa dispone que el precio se pagará el 23 de abril de 2016; por lo tanto, si el comprador no paga ese día, cae en mora sin necesidad de emplazamiento alguno. Sin embargo, las partes podrían haber pactado que para que el deudor incurra en mora se requiere una intimación o interpelación previa; el art. 806 CCyC es, pues, "supletorio" de la voluntad de las partes, desde que rige si éstas no pactaron nada, pero podrían haber convenido otra manera de constituir en mora a cualquiera de las partes obligadas.

d) Modificación o derogación de la ley

Una ley es derogada cuando es dejada sin efecto.

La derogación puede ser *total* o *parcial*. La derogación total opera cuando toda la ley se deja sin efecto; es parcial cuando se dejan sin efecto sólo algunos artículos.

La derogación también puede ser *expresa* o *tácita*: en el primer caso, la nueva ley señala qué disposiciones deja sin efecto; en el segundo, aunque nada diga, la incompatibilidad entre la nueva norma y la anterior implica la derogación tácita de esta última. La derogación tácita exige un análisis cuidadoso y, generalmente, crea inconvenientes para la interpretación y aplicación del sistema jurídico.

1.2.2. La costumbre o norma consuetudinaria

a) Concepto

La costumbre es la *observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica*.

b) Elementos de la costumbre

La costumbre generadora de norma jurídica obligatoria exige dos requisitos o elementos:

Elemento objetivo o material: consiste en la repetición constante y uniforme de una determinada conducta durante un lapso de tiempo prolongado por todos los miembros de una comunidad o pueblo.

Elemento subjetivo o psicológico: radica en la convicción de que la observancia de la práctica o conducta es obligatoria.

c) Especies de costumbre

Se distinguen tres tipos de costumbres:

— Costumbre '*secundum legem*' (costumbre conforme a la ley): La norma consuetudinaria deriva su vigencia, eficacia o fuerza de una disposición de la ley; por ejemplo, el dueño de una casa ubicada en la ciudad de Mar del Plata encarga a un plomero arreglar un caño de ese inmueble y no conviene el precio; si finalmente los sujetos no se ponen de acuerdo, el juez deberá analizar cuánto se acostumbra pagar a los plomeros en Mar del Plata por la realización de un trabajo similar; en el ejemplo propuesto, la solución surge del art. 1255 CCyC (una ley escrita y general emanada del Poder Legislativo) que dispone que cuando un sujeto ejecuta una obra o presta un servicio, si no ha pactado precio (honorarios o emolumentos) o no surge de la ley, se entiende que se ajustó al precio que es de '*costumbre*', o que corresponde según los '*usos*' pagar, dentro del sector de la actividad y área geográfica en los que el prestó ese servicio.

— Costumbre '*praefer legem*' (costumbre que suple la ley): es aquella que rige o regula supuestos o situaciones no previstos expresamente por la ley. En este sentido, la costumbre es utilizada, por ejemplo, para interpretar expresiones contractuales que son propias de determinada región; por ejemplo, se adquiere en planta, antes de la cosecha, determinada producción de aceitunas bajo la modalidad '*al bulto y al barrer*'. En las regiones donde se cultivan olivos, esta modalidad implica, conforme los usos y costumbres, que el precio total se pague, aunque un accidente climático arruine toda la producción, o la deje disminuida, en cuyo caso, el adquirente tiene derecho también a lo que quedó en el suelo.

— Costumbre '*contra legem*' (costumbre en contra de la ley); se trata de hábitos sociales que contrarían la ley. Por ejemplo, es frecuente en las autopistas circular a una velocidad levemente superior a la que indican las señalizaciones viales. Aunque con el fin de garantizar la regularidad y seriedad de la operación, el art. 9º, inc. g de la Ley 20.266 dispone que las

ofertas en un remate público deben ser hechas a '*viva voz*', es costumbre que los postores (potenciales adquirentes) oferten a través de '*signos*' o '*señas*' (por ejemplo, levantar la mano).

d) Efectos de la costumbre en el Derecho argentino

Según el artículo 1 del CCyC: '*Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*'.

Conforme esta norma:

— El ordenamiento jurídico reconoce eficacia a la costumbre '*secundum legem*' (...*cundo las leyes o interesados se refieren a ellas...*) y a la costumbre '*praefer legem*' (...*o en situaciones no regladas legalmente...*).

— En principio, la costumbre '*contra legem*' no tiene efectos jurídicos por ser contraria a derecho. En este sentido, la mayoría de los autores argentinos entiende que nuestro sistema jurídico está fundado básicamente en la ley, por lo que la costumbre carece por sí de eficacia para derogarla. Otros autores, en cambio, consideran que el posible conflicto entre la ley y la costumbre debe resolverse atendiendo a la regla que tenga verdadera efectividad, carácter que depende, principalmente, de la vivencia de justicia compartida en el seno de la sociedad y, en especial, entre los jueces; en consecuencia, debe admitirse el desuso derogatorio de la ley. Así, por ejemplo, en los dos ejemplos proporcionados de costumbre *contra legem*, el automovilista que circula a mayor velocidad que la permitida (aunque sea escasa) no podría ser dispensado de la multa por el hecho de que todos los vehículos la sobrepasan; en cambio, el remate realizado a través de los signos inequívocos, aunque no sea a viva voz, podría ser declarado válido.

— La función de los usos y las prácticas (silenciados en el Código Civil de Vélez Sarsfield y mencionados en el CCyC) necesita ser explicada:

Según la mayoría de los autores, los usos y prácticas tienen una función supletoria y valen para la interpretación, porque suministran parámetros objetivos sobre lo que se acostumbra hacer en un grupo determinado. Sólo constituyen fuente del derecho cuando los interesados se refieren a ellas, como ocurre en un contrato, o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho. Los usos, a diferencia de la costumbre, son meras prácticas, modos de actuar que pueden revestir cierta generalidad, observados por razones de conveniencia ya sea técnica o profesional, de modo que aparezcan como reglas de conducta en determinados negocios.

Una sentencia explica correctamente el concepto: a través de informes emanados del Banco Central de la República Argentina, se probó que es de '*uso y práctica bancaria*' que, cuando el gerente de un banco presta conformidad a la suficiencia de provisión de fondos de un cheque, coloca

la palabra "conformidad" con su firma y sello en el anverso (esta práctica no se identifica ni tiene relación con la figura del "cheque certificado", especialmente regulado en el art. 48 de la Ley 24.452 de cheques). En el caso, posteriormente a esa constancia, el cheque fue rechazado por falta de fondos. El tenedor inició juicio contra el banco; argumentó que, de no haber confiado en la "suficiencia" de fondos a causa de la leyenda "conforme" colocada en el cheque por el gerente del banco, no hubiera concretado el negocio jurídico respectivo (en razón del cual recibió el cheque). Según el Tribunal, al asentar la palabra "conforme" en los cheques, el banco ofrece al tenedor (sea el tomador directo o un tercero) seguridad de la existencia de los fondos; por lo tanto, ulteriormente no puede alegar que ello se hace por control interno, pues no está probado que éste sea el significado de tal acto en la práctica bancaria local, sino lo contrario; tampoco puede argüir que es sólo válido para el titular de la cuenta y a fin de que éste lo cobre por ventanilla, pues esto tampoco es parte de un uso o práctica bancaria, a la vez que es conocida la posibilidad de negociar con el cheque, pues esto hace a su naturaleza y función comercial. En conclusión, hizo lugar a la demanda y condenó al banco al pago de los perjuicios (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, 01/03/2005, LLNOA 2005 (mayo), 684 - IMP 2005-A, 1631).

1.2.3. La jurisprudencia

a) Concepto

La jurisprudencia es la fuente del Derecho que resulta de las decisiones judiciales concordantes sobre un mismo punto. Es característica de esta fuente del derecho la continuidad y coincidencia con la que los tribunales resuelven una misma cuestión.

b) La jurisprudencia como fuente del Derecho. Disquisiciones necesarias

La mejor comprensión de este punto exige algunas aclaraciones.

Una sentencia judicial dictada en un caso es fuente "formal" del derecho pues constituye una *norma jurídica particular obligatoria*, aunque *solamente* para las partes del litigio. Por ejemplo, si Juan es condenado a pagar \$ 100 a Pedro, entre Juan y Pedro esa sentencia es una fuente formal del derecho, una norma jurídica particular, desde que constituye un mandato imperativo y coercible. Claro está, Pedro sólo puede reclamar el pago a Juan, y no al papá, a la mamá, a un hermano, o a un amigo de Juan, que no han sido demandados en el juicio.

La sentencia judicial aislada puede también servir de fuente "material" del Derecho –en tanto acontecimiento jurídico/social– para motivar la creación de otra sentencia (norma jurídica particular) o, incluso, para motivar al legislador al cambio de la ley.

Ahora bien, en el Derecho argentino, en principio, una sentencia aislada no es fuente formal porque no resulta obligatoria para los demás jueces, que pueden decidir de manera diferente. Por ejemplo, el artículo 1741 del CCyC dispone que tienen legitimación para reclamar las consecuencias dañosas no patrimoniales, según las circunstancias, los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. En un caso, un juez resuelve que una persona está legitimada para reclamar el daño no patrimonial derivado de la muerte de su hermano, aunque el peticionante vive en otro país desde varios años antes del accidente que causó esa muerte; esa sentencia obliga a las partes en ese juicio, pero ante un caso similar, otro juez podría decidir que un hermano que no convive al momento de la muerte, no está legitimado para reclamar ese daño. Más aún, podría ocurrir que diversos jueces resolviesen en el mismo sentido, afirmando que es injusto que ese daño no se repare; en el sistema argentino, ese conjunto de fallos no obliga al juez, quien podría dictar sentencia apartándose de esa "corriente" o "tendencia" jurisprudencial.

En cambio, en algunas provincias, las decisiones de los jueces son fuente formal del derecho más allá del juicio en el que han sido dictadas en el supuesto de los llamados *fallos plenarios*. Los plenarios son instrumentos para lograr la unificación de la jurisprudencia en aquellos casos en los que los jueces interpretan de distinto modo las leyes existentes. Por ejemplo, algunas Supremas Cortes Provinciales (como ocurre con la de la Provincia de Mendoza) se encuentran divididas en "Salas". El fallo plenario es el dictado por esa Corte reunida *en pleno*, es decir, todos los integrantes de las diversas Salas, como si fuera una "única Sala". Los fallos plenarios, a diferencia de las sentencias dictadas individualmente para un caso particular, constituyen una norma jurídica "general" pues no sólo obligan a las partes (actor y demandado) del litigio en el cual se dictó, sino que, además, la interpretación a la que se llega por la mayoría es *obligatoria para todos los miembros de las Salas que integran el Tribunal que lo pronunció, como así también con respecto a todos los jueces inferiores*.

Por otra parte, aunque ninguna ley lo dispone, la jurisprudencia de la Corte Federal se ha convertido en obligatoria para los jueces inferiores, desde que este tribunal tiene dicho que es arbitraria la sentencia de un juez inferior que se aparta de la interpretación que la Corte Federal ha dado para determinada cuestión. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación tiene decidido que los daños que sufre una persona que tiene actividad pública por ataques a su honor vertidos en medios masivos de comunicación sólo son reparables, aunque la noticia no sea verídica, si ese medio ha actuado con intención de causar el daño o con total menosprecio (es la teoría de la llamada "real malicia", *ver infra* N° 4.7.b). Si un tribunal inferior condena ante la mera existencia de una culpa y la empresa periodística recurre, casi seguramente la Corte revocará esa decisión, por lo que los tribunales inferiores prefieren, dejando a salvo su opinión personal, resolver en el mismo sentido que el Superior Tribunal de la Nación. De este modo, los juicios no se dilatan innecesariamente.

En síntesis, en el Derecho argentino:

- La sentencia, norma jurídica individual, es fuente formal para las partes del proceso.

- La jurisprudencia, entendida como conjunto de sentencias dictadas sobre una determinada cuestión en un mismo sentido, por regla, no es fuente formal del derecho.
- En algunas provincias, la decisión plenaria del tribunal es obligatoria para el tribunal que la dictó y para los jueces inferiores de ese tribunal.
- En los hechos, la jurisprudencia de la Corte Federal se torna obligatoria, pues cuando no es seguida por los jueces inferiores, recurrida esa sentencia por parte interesada, la Corte Federal la anula y manda dictar una nueva sentencia conforme a su criterio.

1.2.4. Los principios generales del derecho. Remisión unidad I, tercera parte

1.2.5. La doctrina

a) Concepto

Se llama doctrina a la opinión jurídica de los autores expresada a través de los libros, los artículos monográficos, los comentarios a las sentencias judiciales, las críticas de la legislación, etcétera.

b) Importancia

La doctrina no es fuente formal del Derecho, desde que no es obligatoria. En otros términos, los jueces, al dictar sus sentencias, o los particulares al actuar en el tráfico negocial, no están obligados a seguir la opinión de ningún autor.

En cambio, a través de la doctrina se conoce y se interpreta el Derecho vigente; en tal sentido, es fuente *científica* del Derecho porque favorece el conocimiento sistemático del ordenamiento jurídico y, en tal sentido, auxilia al operador del Derecho (jueces, abogados, legisladores, etcétera).

2. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Ekmekdjian explica que las constituciones del siglo XIX, entre ellas, la argentina sancionada en 1853, eran concebidas como un instrumento para limitar al poder del Estado. Es el constitucionalismo clásico.

Las crisis económicas, sociales, políticas y culturales que se produjeron en todo el mundo en la segunda mitad del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, obligaron a cambiar radicalmente el rol del Estado.

Por un lado, la cuestión constitucional no se circunscribe a buscar los medios más eficaces para limitar el espacio del poder estatal, sino que, al contrario, se imponen acciones positivas para que el Estado favorezca el ejercicio de los derechos por parte

de los individuos. Así, por ejemplo, el Estado debe asegurar el acceso a la salud, a la educación, etcétera.

Por otro lado, se descubre que el hombre, además de habitante y ciudadano, es trabajador, empresario, profesional, pobre o rico; que tiene necesidades sociales y económicas que no se garantizan a través del mero reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

En América, el denominado constitucionalismo social tuvo su inicio con la Constitución de México de 1917, resultado directo de la Revolución mexicana; en Alemania, se expresó con la Constitución de la República de Weimar de 1919 y en España con la Constitución española de 1931.

En la Argentina, el constitucionalismo social se incorporó con la Convención Constituyente de 1957, que consagró el art. 14 bis (remisión capítulo IV, pto 1.2. "reforma constitucional de 1957").

3. DERECHOS DEL CONSUMIDOR. INTRODUCCIÓN. CONCEPTOS. REMISIÓN

El Derecho del consumidor (o derecho del consumo) es el microsistema normativo -condensado en el art. 42 CN, la Ley 24.240 y el CCyC (arts. 1092 a 1122)- cuyo objeto es la tutela del consumidor o usuario de bienes y servicios, regulando a tal efecto sus derechos y sus obligaciones.

En la Argentina, como dijimos, este Derecho tiene base constitucional en el art. 42 CN, que establece explícitamente algunos derechos de los consumidores (por ejemplo, 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, etcétera).

El derecho del consumo, además, se erige en una disciplina transversal con elementos de Derecho Comercial, Civil, Administrativo y Procesal.

Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor.

Consumidor es la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1092 CCyC).

Proveedor es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios (art. 2 Ley 24.240).

El derecho del consumo regula varios aspectos fundamentales de las relaciones entre los proveedores y los consumidores o usuarios, entre otros:

Los contratos, especialmente, todo lo que concierne a su interpretación, a las cláusulas abusivas, el derecho a la información, etcétera.