

EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES EN EL NUEVO CODIGO

Contenido. Importancia. La obligación: sus regiones. La relación obligatoria de consumo. Los derechos fundamentales de los consumidores

Jorge Pablo Martínez

EI DERECHO DE LAS OBLIGACIONES EN EL NUEVO CODIGO

**Contenido. Importancia. La obligación: sus regiones.
La relación obligatoria de consumo. Los derechos
fundamentales de los consumidores**

Jorge Pablo Martínez

A Marcos y a Pilar

Martínez, Jorge Pablo

El derecho de las obligaciones en el nuevo Código : Contenido. Importancia. La obligación : sus regiones, la relación obligatoria de consumo, los derechos fundamentales de los consumidores / Jorge Pablo Martínez ; editado por Marcelo J. Ponti. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2016. 100 p. ; 21 x 14 cm.

ISBN 978-950-34-1412-5

1. Derecho de las Obligaciones. 2. Consumidores. I. Ponti, Marcelo J., ed. II. Título. CDD 343.071

INDICE

1. Una aproximación a la obligación **pagina 11**

I. Introducción: la obligación como saber pragnóstico.

II. Contenido de la materia.

1. Se nutre de las acciones que abarcan toda la experiencia humana.
2. El axioma ontológico (todo lo que no está prohibido,
3. está jurídicamente permitido) como piedra angular de este saber disciplinar.
4. La digna existencia de la persona en el horizonte de la relación de obligación.
5. El anticipo de la teoría general de la obligación y el despliegue de la materia.
6. en el Código Civil y Comercial.

III. Su importancia en los aspectos económicos, políticos, sociales y culturales.

- a. La obligación en un texto sagrado.
- b. La obligación en el cine.
- c. La obligación en un histórico acuerdo: su importancia política.

1. La obligación en la dimensión social: la necesidad de la cooperación.

2. Continuación: todas las relaciones pecuniarias son relaciones de obligación.

3. La obligación como situación instrumental.

a. La obligación como instrumento para esclavizar y degradar a la persona.

b. La obligación al servicio de la ideología neoliberal: sus nefastas consecuencias

c. La obligación: delicado instrumento para realizar el valor Justicia.

IV. Teoría general de la obligación

a. Una nota ineludible del derogado Código

b. La perplejidad de un joven abogado

c. La teoría general de la obligación en el nuevo Código Civil y Comercial

V. Conclusiones

2. La obligación

pagina 41

- I. Introducción: otra versión de la *pragmatognosis*
- II. Las regiones (normal/anormal) que estructuran el ser de la obligación
 - 1. La región normal de la obligación: el tramo de la deuda o del débito y el anticipo de la región anormal, conflictiva, artificial
 - 2. La caída de la obligación en su región conflictiva, anormal; y su esencial desdoblamiento
 - 2.1 La etapa de la ejecución forzada o, lo que es igual, de la responsabilidad del deudor
 - 2.2. La etapa de la liberación coactiva y eventual nacimiento de la obligación del acreedor
 - 3. La definición de obligación.
- III. Breve resumen de la teoría sobre el ser de la obligación
- IV. Las reflexiones críticas del alumno

3. Los consumidores, la relación obligatoria de consumo, y la concreción de sus derechos fundamentales

pagina 61

- I. Introducción
- II. El consumidor: habitante de la sociedad de consumo.
 - 1. La sociedad de consumo como “todo” relacional
 - 2. Una aproximación al ser de la “relación de consumo”
 - 3. El “vínculo jurídico” entre el proveedor y el consumidor ¿relación de consumo o relación obligatoria de consumo?
 - 4. La ampliación (extensión) de la noción de consumidor en la L.D.C. y una crítica al nuevo Código en tanto restringe, oxímoron mediante, tal noción
- III. Los derechos fundamentales de los consumidores
 - 1. Los derechos fundamentales sustanciales
 - 1.1 El acceso al consumo o el derecho a “ser” consumidor y/o usuario
 - 1.2 La protección de la salud, seguridad e intereses económicos
 - 1.3 El derecho a una información adecuada, veraz; y a la libertad de elección
 - 1.4 El derecho a condiciones de trato equitativo y digno
- IV. Síntesis del capítulo

Prefacio

Este libro, los tres capítulos que lo estructuran, está empapado de la teoría general de la obligación o, lo que es similar, del saber disciplinar llamado Derecho de las Obligaciones. Este saber se nutre, en esencia, de la regulación que proviene del nuevo Código Civil y Comercial (aparece, aunque tímidamente, el Código originario) y abrevia, también, en las enseñanzas de las doctrinas autoral y jurisprudencial. He aquí, en el modo de discurrir sobre el Derecho de las Obligaciones, una de las novedades que se ofrece al lector-a para visitar al nuevo cuerpo normativo.

En efecto, en el capítulo 1 se presenta a la obligación como saber protognótico y, en tal contexto discursivo, se escucha la experiencia transmitida por la voz de un alumno al atravesar el momento previo al examen libre (situación límite) de la materia. Dicha voz, adolescentemente crítica, resulta el contrapunto (capítulo 2) al consolidado, universal y abstracto, saber disciplinar o, en otros términos, el alumno (a la postre aplazado en el aludido examen) elabora una honda crítica no solo a la definición normativa de la obligación sino, además, a la teoría que la explica y, fundamentalmente, a la teoría general de la obligación (cap. 2, pto. IV). El contenido de la materia, sus hilos conductores, los conceptos fundamentales que la vertebran se anticipan, asimismo, en el primer capítulo.

Variadas voces, algunas con el color de la novedad, se enraízan para destacar la importancia de este saber disciplinar desde la perspectiva económica, social, política y cultural. En este aspecto, importancia de la materia, uno de los modos de ser de la obligación, esto es como situación instrumental, pone de relieve sus posibles aptitudes e ineptitudes e interpela, por lo tanto, al equívoco supuesto que predica el carácter neutral del Derecho de las Obligaciones. Este discurso postula, asimismo, la necesidad de que tal Derecho resulte el abanderado, frente al radio infinito de la desigualdad e injusticia, de la lucha cultural por la igualdad real, por el lejano e inasible valor Justicia.

No debería llamar la atención, se escribe en clave aclaratoria, la existencia de las disímiles voces (hijas de la proteica realidad) que se presentan para mostrar la importancia de este saber. Es que se pone en evidencia, al anticipar su contenido, que el Derecho de las Obligaciones se despliega en toda la experiencia humana que es, también, experiencia jurídica en tanto lo jurídico abarca toda la conducta (Cossio). Este

discurso intenta, en tal sentido, colorear el gris que suele asfixiar la lectura de ciertas prosas ancladas en la enseñanza dogmática de esta materia, enfriada, por lo demás, por su universal abstracción.

El capítulo 2 se inaugura, también, con el saber pratognótico que se desprende de la experiencia resiliente del alumno aplazado (Marcos). Esta voz ficcional, excesivamente crítica, pone en tela de juicio, en el punto IV, la pertinencia fenomenológica de la teoría general de la obligación en tanto deja, en el epistemológico olvido, temas esenciales que se observan en la realidad de la sociedad de consumo. Este discurso recupera, luego de postular una definición de la obligación y de sumergirse en el despliegue de una teoría sobre su ser (normal/anormal), las aludidas críticas del alumno en el capítulo 3.

El capítulo 2 puede pensarse como un oxímoron desde que, por un lado, se presenta una teoría sobre el ser de la obligación que critica a la definición normativa y a la teoría que la acompaña (débito/responsabilidad); e irrumpe, por otro lado, la voz crítica del alumno que interpela, con rigor, tal vuelo teórico por el ser (normal/anormal) de la obligación. Para romper el sí-no de todo oxímoron, se presenta, en el capítulo siguiente, a la relación obligatoria de consumo y a los derechos fundamentales de los consumidores cuyo anclaje constitucional y prevalencia puede verse en las doctrinas de los más altos tribunales que se reseñan. He aquí, en este tramo, el ingreso vivificante de la voz de la realidad en el discurso del Derecho de las Obligaciones.

No está de más insistir: voces que no suelen escucharse y que reposan sobre una experiencia viva, activa, directa, del derecho aparecen, por lo tanto, en estas páginas. La pasión por la crítica, que nutre a estas miradas, intenta abrir las hondas grietas que exhibe la repetición acrítica, circular y adormecedora de textos. En la elección de las voces he tenido presente el problemático juego, que está en el centro de toda práctica docente universitaria, entre lo disciplinar y lo pedagógico.

Desde esta perspectiva (didáctica/pedagógica), resulta imprescindible incorporar en el relato de la materia a las voces históricamente silenciadas que se escuchan cuando tales enseñanzas se convierten en fenómeno disciplinar. Prevalece, en tales voces, la valoración de los hechos y, en consecuencia, el rol, subalterno, de las normas (paradigma

positivista). Al escucharlas –conjeturo– se despierta, al compás de un aprendizaje significativo, el imprescindible espíritu crítico: de las normas, de la autoridad, de los argumentos *ad hominem*

El ingreso de tales voces en el relato de la materia impacta, por múltiples razones, en el contenido disciplinar, en su valoración y armoniza, asimismo, el desequilibrio reinante en el imperio de la norma y sus colonias (doctrina, jurisprudencia). El horizonte posible, aún inexplorado, que dibujan tales voces es un nuevo –o remozado– objeto disciplinar que se teje también con los hilos del nuevo Código Civil y Comercial. Tal es el punto más avanzado, en el umbral de la utopía, que impulsa a este primer libro sobre el Derecho de las Obligaciones.

En fin, un poeta enorme (Odysseas Elytis) postuló que si la lengua constituyera únicamente un medio de comunicación no habría problema alguno, pero ocurre que constituye, asimismo, un instrumento de “magia”. Espero que las voces que elegí presentar permitan una aproximación, en la subjetiva e intransferible experiencia de la lectura (cada lector, se ha dicho, es lector de sí mismo), a esa magia de la que nos habló el poeta. Es el fugaz deseo que habla desde el fondo de mi propia subjetividad.

1. Una aproximación a la obligación

I. Introducción: la obligación como saber pratognótico¹

Suena el despertador, me levanto sobresaltado, me dirijo al baño. El contrato es², la obligación es³, la responsabilidad es⁴, ¿qué es la prescripción? Mi mente se acelera, circulan conceptos, palabras, teorías, artículos, autores. Decido tomar una ducha tibia: el recuerdo de las vacaciones, la poesía de Odiseas Elytis⁵, “Elena”; me tranquilizan.

Me miro en el espejo, que me ha regalado⁶ mi novia, y percibo mi rostro deformado por el temor. Hoy es la mesa de “Obligaciones”, finalmente rendiré la interminable materia⁷. La responsabilidad⁸ contractual, la extracontractual, ¿distintas órbitas de la

¹ Señalan AFTALIÓN Enrique R., VILANOVA José M., RAFFO Julio C. que “(l)a palabra *pratognosis* es algo difícil pero ineludible. Viene de dos palabras griegas: *praxis* (acción) y *gnosis* (conocimiento) (...) significa, pues un saber que se encuentra implícito en la acción” (*Introducción al derecho*, Nueva versión 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 25).

² Caracterizado por el codificador originario en el art. 1137 del Cód. Civil. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante: “C.C.C.N.” o “nuevo Código”—, redactado por la comisión de reformas designada por Decreto 191/2011, lo hace en el art. 957.

³ Se ha dicho que no ha sido definida en nuestro Código Civil primigenio. Ello así, en tanto Vélez destacó: “*nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes...*” (nota al art. 495 del C.C. que dice: “*Las obligaciones son: de dar, hacer, o no hacer*”). Sin embargo, pese a lo señalado, el art. 495 exhibe una *definición extensional* de la obligación mientras que la definición del nuevo Código es *intensional o por designación* (las diferencias pueden verse en: GHIBOURG, Ricardo A. — GHIGLIANI, Alejandro M. — GUARINONI, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, 2 reimp., Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 57-60).

⁴ No ha sido definida en los cuerpos normativos referidos. En rigor, la idea de responsabilidad aparece, en el concepto técnico de obligación, junto al elemento del deber jurídico (DIEZ-PICAZO Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II. Las relaciones obligatorias, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 49).

⁵ El amor a la poesía, como arte de aproximarnos a lo que nos sobrepasa, no debería ser una nota extraña para el auténtico estudiante de derecho, pues a éste lo mueve el amor a la Justicia que resulta, desde cierta perspectiva, el arte —también— de acercarnos a lo que nos sobrepasa.

⁶ Un regalo —a través del cual se adquiere el dominio de la cosa— es, en el lenguaje del derecho, un contrato, fuente principalísima de las obligaciones; el contrato de donación — arts.1789, 1790 y ss. del Cód. Civil; arts. 1542 y ss. del nuevo Código.—. Todo regalo verdadero, leí alguna vez en Jorge L. BORGES, es recíproco, salvo en el caso de la indiferente moneda que la caridad cristiana deja caer en la palma del pobre.

⁷ Que se despliega, como se explicará *infra*, en toda la experiencia humana.

⁸ Se deberá precisar para evitar múltiples equívocos, la definición de responsabilidad civil.

responsabilidad⁹? ¿Se unificaron en el nuevo Código?; otra vez la vacilación, la duda, el vacío de la incomprensión.

¿Los códigos –originario y nuevo– tienen algún título referido a tales responsabilidades?¹⁰ ¿Cuántas responsabilidades existen en el Libro II que habla de las obligaciones? ¿Habla de las obligaciones o de la responsabilidad? ¿Me preguntarán sobre lo que dice el reciente Código? ¿Qué diferencia existe entre la obligación y la responsabilidad?

Las preguntas me invaden, me dominan, ¿me guían?; recurro, por lo tanto, al Código civil, leo su sistemática, su método, sus artículos principales. Retorna, después del sabor de una fruta y de acariciar a mi perro dormido, cierta calma. Sin embargo, sin que los llame, aparecen recuerdos tristes: el choque que presencié en la ruta dos¹¹, la remisión a otros accidentes, el dolor por la irreparable ausencia.

Me preparo unos mates con la yerba que mi abnegada madre me envía religiosamente. Los tomo acompañado con mi nueva Biblia, el poeta griego Odisseas Elytis –estudió derecho y filología–, premio Nobel de Literatura en el año 1979. Releo *“Del inofensivo, del esperanzado, del intrépido”* ¿Adjetivos que tal vez me describen? ¿O que explican, acaso, la intrépida, la osada y esperanzada, decisión de presentarme en la mesa de obligaciones?

Me disfrazo de estudiante¹², la corbata me ata, me liga, ¿me obliga? ¿La prescripción se interrumpe o se suspende por la interpelación fehaciente al deudor? ¿El Código habla de interpelar o de

⁹ Innumerables problemas se derivan, a la luz de la teoría general de la obligación, de esta consagrada binaria clasificación –responsabilidad contractual y extracontractual–.

¹⁰ Se verá que no. El código ha diseñado una teoría general de la obligación y las expresiones responsabilidad contractual y extracontractual fueron introducidas por el decreto ley 17.711 en los arts. 522, 4037 del Cód. Civil. El C.C.C.N. presenta, también, una teoría general de la obligación –arts. 724/956–. Se dice, en los fundamentos del anteproyecto, que se unifican los ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual

¹¹ A la colisión de automotores se le aplican los arts. 1769, 1757, 1758 y conscs. del nuevo Código. El primero de ellos (ubicado en la sec. 9* *“(s)upuestos especiales de responsabilidad”* del cap. 1 *“(r)esponsabilidad civil”*, tit. V *“(o)tras fuentes de las obligaciones”*, libro tercero *“(d)erechos personales”*) remite, al establecer su aplicabilidad a los accidentes de tránsito, a los otros dos (se encuentran en la sec. 7* *“(r)esponsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades”*).

¹² Estoy aprendiendo el necesario oficio de estudiante de abogacía.

constituir en mora? Otra vez, los nervios, la tensión y ¿si no me presento? y ¿si no me presento?

Cierro la puerta del departamento e intento abrir otra: la del examen. Espero, en la encrucijada de las calles 14 y 68, el colectivo. Ahí viene por la calle 68 desde 12 hacia 14, le hago señas, se detiene, asciendo y saco el boleto¹³; la tensión me impide sentarme.

Miro por la ventana, un ciclista se baja de la bicicleta y recoge, al parecer, una billetera; la guarda en su mochila. ¿Se ha enriquecido? ¿Otro, entonces, se ha empobrecido?¹⁴ Un extraño pasajero lee un viejo diario y el nervioso –e indiscreto– estudiante¹⁵ también: en la primera página el gobierno provincial anuncia la “recompensa” para aquella persona que proporcione datos fehacientes acerca del paradero de Jorge Julio López¹⁶ ¿Otra fuente de la obligación?¹⁷

No quiero pensar más. Pienso, luego estoy muy nervioso, entonces, no pienso, no puedo pensar. No, no. Es la tensión de la obligación. ¿La obligación es una tensión? ¿Y si no me presento?

II. Contenido de la materia

1. Se nutre de las acciones que abarcan toda la experiencia humana

Una parte de su contenido puede verse en los nerviosos pensamientos del imaginario alumno y en el saber implícito que pone en juego en su acción. El momento límite del examen, imborrable para

¹³ Se celebra un contrato. El contrato de transporte que, en esencia, impone al transportador, pago del precio (boleto) mediante, la obligación de trasladar al pasajero “de un lugar a otro” y “garantizar su seguridad” (conf. arts. 1280, 1289 y concs. del C.C.C.N.).

¹⁴ El enriquecimiento sin causa es una de las tantas fuentes de las obligaciones. Regulado, en el nuevo Código, en el cap. 4 (arts.1794/1799) del título V “(o)tras fuentes de las obligaciones”, del libro tercero “(d)erechos personales”.

¹⁵ Es decir: yo.

¹⁶ Testigo en los Juicios por la Verdad. Se ignora su paradero pues fue desaparecido en el año 2006.

¹⁷ La declaración unilateral de voluntad es otra de las fuentes de las obligaciones. Ubicada en el libro tercero del nuevo Código, cap. V (arts. 1800/1814) del título V, en cuatro secciones (1* disposiciones generales; 2* promesa pública de recompensa; 3* concurso público; y 4* garantías unilaterales).

todos, se exhibe como una fragmentaria y precipitada manera de introducirnos en la extensa disciplina. Disciplina que atesora, en el centro de su interés, a la teoría general de la obligación y a una de sus principales fuentes (a los hechos ilícitos –delitos y cuasidelitos– o, con el vago y equívoco lenguaje del nuevo Código, a la “(r)esponsabilidad civil”).

El derecho de las obligaciones se despliega en la experiencia jurídica que es experiencia humana o, en otros términos, la teoría general de la obligación se nutre de las conductas que comprenden **toda** la experiencia humana. Dicho de otro modo, las acciones que se extienden en toda la experiencia humana pueden pensarse, analizarse y valorarse desde la perspectiva de este saber disciplinar. Tales acciones estructuran, como se mostrará, al derecho de las obligaciones.

En efecto, enseña Cueto Rúa¹⁸ que una acción humana, cualquiera sea su contenido, tiene un significado jurídico específico¹⁹. La acción puede referirse: o al ejercicio de un derecho (o poder, o privilegio), o al cumplimiento de un deber, o a la violación de una obligación, o al cumplimiento de una sanción. Estas cuatro clases de acciones abarcan, pues, toda la experiencia humana.

El derecho de las obligaciones se despliega en toda la experiencia humana en tanto las cuatro clases de acciones señaladas por Cueto Rúa resultan, precisamente, las acciones que se encuentran en el ámbito de la teoría general de la obligación y, asimismo, en las fuentes que provocan su nacimiento.

Es que, conviene anticiparlo, el acreedor *ejerce su derecho* creditorio cuando le exige al deudor la prestación para satisfacer su interés lícito (conf. art. 724 C.C.C.N.) o, lo que es igual, cuando interpela al deudor, es decir, cuando exige categóricamente el pago de la obligación.

Ejerce, asimismo, su *poder* de agresión²⁰ patrimonial cuando el deudor incumple la obligación; explicado de otro modo, no pagada la

¹⁸ CUETO RUA, Julio C., *Seguridad Jurídica*, La Ley, 1994-A, 743.

¹⁹ Como lo enseñó Carlos COSSIO, “*lo jurídico abarca toda la conducta*”, en *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, p. 83.

²⁰ El nuevo Código utiliza estas potentes palabras: “poder de agresión”, aunque para limitarlo, en el art. 243. Se lee, en efecto: “...**Bienes afectados directamente a un servicio público.**.- Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación

deuda, el acreedor reclamará, aunque esté interesado en el cumplimiento específico de la obligación, “*las indemnizaciones correspondientes*” (art. 730, inc. c), C.C.C.N.)²¹ o, igualmente, “*los daños y perjuicios*” (art. 777, inc. c), C.C.C.N.) derivados, precisamente, de la falta a la obligación (no pago-incumplimiento).

Y el modo o manera de cobrar tales indemnizaciones es a través del patrimonio del deudor que padecerá, en consecuencia, el *poder de agresión patrimonial* del acreedor. Precisa, en tal sentido, el nuevo Código, en su artículo 743, que “*...(l)os bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito (...)*”. En la parte general (Libro primero), el flamante Código destaca en el art. 242 que “*...(t)odos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables e inejecutables (...)*”²².

El crédito, punta de lanza de tal ejercicio y poder de agresión, puede ser, además, *privilegiado*. Dice, en lo pertinente, el artículo 2573 del C.C.C.N. que “*...(p)rivilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro (...)*”²³. Tal calidad se pone en juego, de más está decirlo, cuando existen varios créditos y el patrimonio del deudor se exhibe impotente (insuficiente) para *responder* cabalmente frente a todos ellos.

A su vez, la persona debe *cumplir con su deber* y si lo viola –por ejemplo al matar, lesionar, dañar– será, por cometer tal hecho ilícito, *deudor*. La obligación resulta, en tales circunstancias, la sanción que han diseñado los Códigos (el nuevo y el originario) para imponerle al causante del daño. O, lo que es similar, cuando se comete un hecho

de un servicios público, **el poder de agresión** de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio” (el último énfasis se agregó).

²¹ En el mismo sentido el conocido art. 505 inc. 3° del Código derogado.

²² Ubicado en el libro primero, título III “*(b)ienes*”, cap. II “*(f)unción de garantía*”.

²³ En idéntico sentido el Código originario, en el art. 3875, señala “*(e)l derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro, se llama en este Código privilegio*”.

ilícito (violación del deber de no dañar a otro)²⁴ se da nacimiento a una obligación²⁵.

Es importante aclarar, a los fines de delimitarlas conceptualmente, las diferencias que existen entre el deber jurídico (género) y la obligación (especie). Aquél, en efecto, es un concepto genérico que se refiere a la necesidad de ajustar una conducta a los mandatos contenidos en una norma jurídica²⁶ (v.gr. votar, vacunarse, no dañar, etc.). La obligación, por el contrario, es un deber particular y calificado en tanto los sujetos (acreedor/deudor) está vinculados (enlazados) por una determinada conducta –*susceptible de valoración económica* (conf. art. 725, C.C.C.N.)²⁷ – que debe desplegar el deudor para satisfacer el interés lícito (patrimonial o extrapatrimonial) del acreedor (conf. arts. 724/725, C.C.C.N.)²⁸.

Conviene insistir, si el deber recae sobre “el deudor”²⁹, tal deber resulta, en tales circunstancias, particular y calificado (obligación). De ahí que el deudor debe cumplir su obligación (deuda) y si la cumple, satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y se libera de la deuda (conf. art. 880 del C.C.C.N.). Vale decir, en otros términos, el “*cumplimiento exacto de la obligación confiere al deudor el derecho a obtener la liberación y el de rechazar las acciones del acreedor*” (art. 731 del nuevo Código).

²⁴ En el nuevo Código, se denomina a este fenómeno vaga e impropriamente: la “función resarcitoria” (sección 3*) de la “responsabilidad civil” (cap. 1).

²⁵ Conf. art. 499 y conchs. del Cód. Civil originario; art. 726 y conchs. del nuevo Código, aunque éste no habla de hechos ilícitos sino –cabe insistir– de la “responsabilidad civil” como fuente de la obligación.

²⁶ WIERZBA, Sandra M., *Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 11.

²⁷ He aquí lo *calificado* del deber jurídico, vale decir el contenido económico de la conducta debida por el deudor.

²⁸ Aquí lo *particular* del deber jurídico, es decir la determinación de los sujetos (deudor/acreedor) que aparecen *enlazados* en la relación jurídica obligacional.

²⁹ Decir deudor es decir, también, acreedor. “Deudor–acreedor” son palabras fundamentales, primordiales, del lenguaje del derecho de las obligaciones; tales palabras indican, desde tal perspectiva, relaciones: no hay “*deudor en sí*”, sino solamente el “*deudor*” de la palabra primordial –“*deudor –acreedor*” –. He parafraseado a BUBER Martín, *Yo y tú*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994, pp.8/9.

El deudor, asimismo, puede violar³⁰ la obligación –no pagarla, cumplirla en forma tardía o de un modo defectuoso³¹– y, en consecuencia, debe tolerar, padecer, el poder de agresión patrimonial del acreedor. El deudor se convierte, en tales condiciones, en responsable³². Responde, en efecto, con su patrimonio por faltar a la obligación (no pago–incumplimiento).

En suma, así juegan, en el ámbito de la teoría general de la obligación, las cuatro acciones enunciadas por Cueto Rúa:

(i) ejercicio de un derecho (poder o privilegio), vale decir del derecho creditorio (eventualmente privilegiado) que porta el acreedor; quien tiene, igualmente, el poder, ante el fenómeno del no pago del deudor (incumplimiento = violación de la obligación), de agredirlo patrimonialmente; o, mejor expresado, de ejecutar los bienes presentes y futuros del deudor que integran la garantía colectiva de los acreedores (arts. 242, 730, 743, 777, C. C.C.N.);

(ii) cumplimiento del deber o, con mayor precisión, su contracara –es decir: su conculcación– provoca el nacimiento de la obligación por la comisión de un hecho ilícito (delito o cuasidelito). En otros términos, el respeto de los deberes (v.gr. de evitar causar un daño no justificado, conf. art. 1710, inc. a. C.C.C.N.) clausura la posibilidad de que exista (nazca) una obligación. Ésta nace, violación del deber de no dañar mediante, como sanción para reparar el daño causado por el hecho ilícito³³;

³⁰ En rigor, se violan (infringen, quebrantan) las leyes, los deberes. La utilización de este vocablo permite pensar en la experiencia de faltar a la relación jurídica obligacional. Y ello puede ocurrir por el no pago (incumplimiento) del deudor o bien por el rechazo injustificado del acreedor a la oferta de pago del deudor.

³¹ Si esto ocurre el acreedor tiene a su disposición, para satisfacer su interés y/o procurar la reparación del daño, los medios legales que menciona el art. 505 del derogado Código Civil. *Ídem*, arts. 730 y 777 del nuevo Código.

³² El deudor es, por ende, “responsable” (conf. arts. 506, 508, 511 del Código Civil derogado).

³³ El nuevo Código habla, en rigor, de “(r)esponsabilidad civil” y unifica (arts. 1716 y ss.), en dicha fuente, a la “violación del deber de no dañar a otro” y al “incumplimiento de una obligación”. De ahí que el incumplimiento de una obligación resulta, también, fuente de la obligación.

(iii) violación de la obligación, esto es, en el lenguaje del Derecho de las Obligaciones, no pagar–incumplir o rehusar (no colaborar) la oferta de pago que realice el deudor³⁴; y, por último:

(iv) cumplimiento de una sanción; ello ocurre, en el ámbito de nuestra materia, cuando el autor–deudor paga (cumple) la obligación derivada del hecho ilícito o, vagamente expresado, de la responsabilidad civil; y, también, cuando el deudor–responsable “paga” forzosamente –o no– los daños y perjuicios que ha ocasionado, precisamente, por no pagar (incumplir) su obligación. Acontece, por último, cuando se le impone coactivamente el pago al acreedor moroso.

Importa anticipar que el autor de un hecho ilícito o, lo que es similar, el que “viola el deber de no dañar a otro”³⁵, a la postre, deudor, puede recibir dos sanciones³⁶: la primera, la obligación de reparar el daño que causó³⁷; y, la segunda, si no la paga, los daños e intereses derivados, precisamente, de no pagarla (incumplimiento).

Esta doble sanción, conviene aclararlo, luce encubierta en la experiencia del Derecho de las Obligaciones. Ello así, en tanto las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos (violación del deber de no dañar a otro) suelen llevarse a los estrados del Poder Judicial para determinar su existencia. En tales conflictos, los jueces establecen no solo la existencia de la obligación que nació del hecho ilícito (y la respectiva condena a pagar una suma de dinero –conf. art. 1740 C.C.C.N.–)³⁸ sino, además, los daños padecidos por el acreedor –v.gr.

³⁴ Conf. arts. 886, 867 del C.C.C.N..

³⁵ Conf. art. 1716 del nuevo Código.

³⁶ Esta es una nota propia, distintiva, de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos o, con las palabras del nuevo Código, de la violación del “deber de no dañar a otro”.

³⁷ Numerosos artículos del C.C. originario (por ejemplo: 1077, 1078, 1079, 1081, 1109) se refieren a tal obligación. Con imprecisión el nuevo Código menciona el “*Deber (rectius: obligación) de reparar...*” (art. 1716); igualmente en los arts. 275, 278 del mismo Código. Es conocida –conviene insistir– la distinción, en el ámbito de la teoría general de la obligación, entre deber (género) y obligación (una de sus especies). Puede verse, en tal sentido, CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, 1ª ed., La Plata, Editora Platense, 1969, pp. 11-12.

³⁸ Los acreedores víctimas, en forma casi excluyente, optan por reclamar la “indemnización en dinero”.

intereses moratorios³⁹ – por su no pago en el tiempo propio de cumplimiento –por ej. cuando se causó⁴⁰ el daño–⁴¹.

Vale decir: las dos sanciones aludidas se manifiestan en una sentencia única que condena a pagar la indemnización (primera sanción por infringir el deber de no dañar) y, asimismo, los daños causados por no pagarla oportunamente (segunda sanción por no pagar en el tiempo propio de cumplimiento).

2. El axioma ontológico (*todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido*) como piedra basal de este saber disciplinar

La materia se articula, se determina, a partir del axioma ontológico anunciado, es decir: *todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido*. Es que dicho axioma expresa que la libertad metafísica del hombre es un *prius* en la experiencia jurídica, en el sentido de que enuncia una juridicidad general de la libertad como base de toda ulterior determinación jurídica y como punto de partida de una sistematización integral del derecho⁴².

Se ha señalado, en tal sentido, que las reglas específicas para los contratos y los actos ilícitos deben ser muy distintas. El contrato es el reino de la *libertad*, y en los actos ilícitos reina la *prohibición*⁴³. Dicha afirmación desarrolla claramente el aludido axioma en el ámbito de las dos fuentes más importantes (contratos–hechos ilícitos) de la obligación.

³⁹ Al respecto, dice el “*artículo 1747.- Acumulabilidad del daño moratorio.- El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva*”.

⁴⁰ Dice, en tal sentido, el art. 1748 del nuevo Código: “*...Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio*”.

⁴¹ La profesora Verónica MAS motivó, con su lúcida observación (en una reunión del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de La Plata), la redacción de este párrafo. La aclaración se escribe en clave de agradecimiento.

⁴² COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, p. 488.

⁴³ BARBERO, Ariel, *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 37.

En la obligación, nacida del ejercicio de la libertad –mejor precisado, de la *facultad de señorío*⁴⁴– o de la violación de la genérica prohibición –hechos ilícitos–, el axioma se despliega a partir de esta *específica prohibición*. De ahí que, prohibición mediante, la existencia de la obligación no se presume y la interpretación respecto de su existencia y extensión es restrictiva⁴⁵. La existencia de la relación obligatoria impone –conviene anticiparlo– el *prius* lógico–ontológico del cumplimiento, del pago: debes cumplir, debes pagar, **está prohibido, impedido**⁴⁶, **no cumplir** –le susurra la obligación al deudor⁴⁷–.

Desde otra perspectiva, la obligación le permite, no podía ser de otro modo, al deudor cumplir. Quien tiene una obligación, enseña Carlos COSSIO, tiene necesariamente el derecho de cumplirla⁴⁸, es decir al ejercitar mi derecho de cumplir (pagar) mi propia obligación, mi libertad metafísica de hacerlo es libertad como derecho, aunque no es facultad jurídica de señorío⁴⁹.

¿Por qué estoy obligado a pagar? pregunta el inauténtico e indisciplinado deudor: porque si no pagas, al acreedor, a tu acreedor, le está permitido (tiene la facultad, el derecho, el poder) utilizar los medios legales (arts. 242, 730, 743, 777 y concs. del nuevo Código) para obtener el cumplimiento (pago) forzado y los daños derivados, precisamente, de tu falta de pago, de tu incumplimiento.

¿Por qué tengo el derecho de pagar⁵⁰? interroga el auténtico y disciplinado deudor:

(i) en primer lugar, porque los términos “facultad–deber” son ontológicamente inseparables⁵¹;

⁴⁴ V.gr. contratos, declaración unilateral de la voluntad.

⁴⁵ Al respecto, enseña el art. 727 del nuevo Código: “...**Prueba de la existencia de la obligación. Presunción de fuente legítima.** La existencia de la obligación no se presume. La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva. Probada la obligación, se presumen que nace de fuente legítima mientras no se pruebe lo contrario”.

⁴⁶ Es que la impedibilidad funda la coacción; VILANOVA, José Manuel, *El concepto de fuentes jurídica*, en *El Derecho*, to. 137, p. 975

⁴⁷ Voz que proviene de múltiples, dependerá del deudor, órdenes –moral, religioso, jurídico–.

⁴⁸ COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, ed. facsimilar de la 2ª ed., Buenos Aires, Los Andes, 2005, p. 97 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 101.

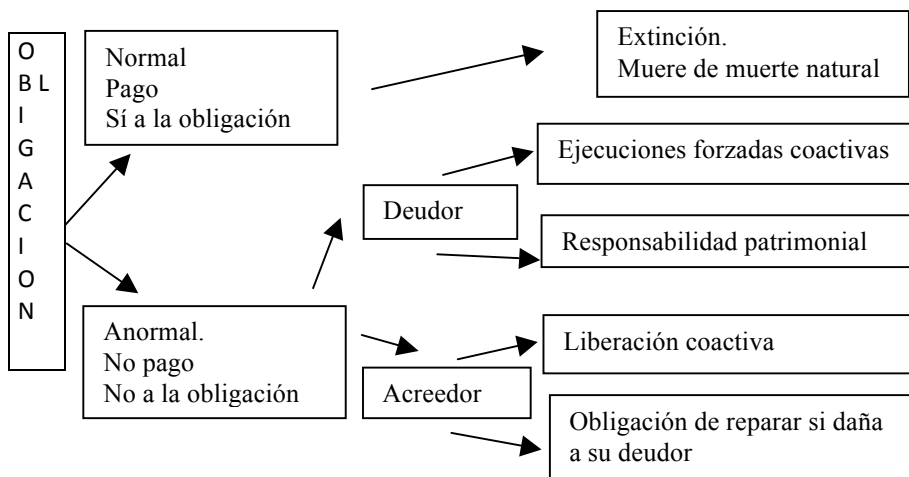
⁵⁰ Conf. art. 879 y concs. C.C.C.N..

(ii) resultaría ciertamente contradictorio –infringiría el principio lógico de no contradicción–, por lo tanto, postular la existencia de la obligación sin su imprescindible facultad para cumplirla; y

(iii) concretamente, porque al acreedor le está prohibido rehusar el pago, vale decir, si tu acreedor se niega injustificadamente a recibirlo, si impide⁵² el pago, podrás –auténtico y disciplinado deudor–, haciendo jugar tu facultad, imponerle coactivamente, a través del pago por consignación (conf. arts. 904/913 del nuevo Código), su recepción.

En pocas palabras: dada la obligación debe ser su pago (su “sí”). Dado su “no”, la falta de pago por el deudor o la falta del acreedor que lo rehúsa, debe ser la sanción, es decir la ejecución forzada (y la reparación de los daños causados) o la liberación coactiva (y, eventualmente, el nacimiento de la obligación resarcitoria del acreedor por los daños causados a su deudor).

Este gráfico muestra los efectos de la obligación, de su “sí”, de su “no”:



⁵¹ COSSIO, Carlos, ob. cit. en la nota 48, p. 97.

⁵² Otra vez la impedibilidad como fundamento de la coacción; VILANOVA José Manuel, ob. cit., p. 975.

En prieta síntesis, sobre el aludido esquema ontológico (prohibido–permitido; sí–no) y al compás del deber específico/calificado–facultad–poder–deber de tolerar se articula el Derecho de las Obligaciones.

3. La digna existencia de la persona en el horizonte de la relación de obligación

El Derecho de las obligaciones se interesa por la persona humana⁵³: (i) que vive, y convive, que se encamina hacia la otra persona con buena o mala intención; (ii) que dialoga, que se relaciona, que contrata; (iii) que le falta el respeto al otro al no pagar, al violar el deber de no dañar a otro, etc..

El Derecho de las Obligaciones debe iluminar este encuentro –o desencuentro–, despejar la oscuridad que lo acecha. Es que regula y disciplina, principalmente, relaciones pecuniarias⁵⁴; y en este terreno⁵⁵, escrito está, fértil es la tierra para sembrar abusos, para que se degrade la condición humana.

No es indiferente a los distintos “modelos” contingentes de persona; a saber: débil (necesitada, inexperta, con debilidad síquica)⁵⁶ vs. fuerte (aprovechador); consumidora⁵⁷ vs. proveedor⁵⁸; adherente vs.

⁵³ Enorme dificultad, en tanto somos todavía extraordinariamente desconocidos para nosotros mismos (NEGRI Héctor, *La responsabilidad civil como problema antropológico*, en *La responsabilidad –homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldemberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p.53).

⁵⁴ No tan solo ellas. Así, v.gr., en la órbita de los hechos ilícitos (ahora, en el nuevo Código, responsabilidad civil) tratará a la prevención. Visceral idea que se instala antes de la tensión, del conflicto que supone el daño e intenta, por lo tanto, evitarlo (conf. arts. 1710/1713). En otras palabras, la eficaz aplicación de la idea, concretada en los aludidos artículos, obstará al nacimiento de la relación obligacional.

⁵⁵ Aún resuenan estas palabras: “(p)orque los que quieren enriquecerse caen en tentación y lazo, y en muchas codicias necias y dañosas, que hunden a los hombres en destrucción y perdición; porque raíz de todos los males es el amor al dinero...” (SANTA BIBLIA, Reina-Valera 1995, 1ra. ep. de Pablo a Timoteo, cap. 6:9,10).

⁵⁶ Conf. art. 332 del C.C.N..

⁵⁷ Arts. 42 de la C.N.; 38 C.Prov.Bs.As.; 1 de la Ley Nº 24.240 y modif.; 1092, 1093 y concs. del nuevo Código.

⁵⁸ Art. 2 de Ley Nº 24.240 y modif..

predisponente. Se interesa, también, por la manera en que ejerce sus derechos⁵⁹, como se ob—liga y des—liga, como paga y no paga.

Las distintas y múltiples maneras de dañar, el deber (*rectius*: obligación) de reparar, es decir la obligación que nace de los hechos ilícitos⁶⁰, se instala en el núcleo de su interés. Se ocupa de la persona libre y de la obligada—responsable, de las obligaciones que tejen y destejan en su existencia. Lo habita esta ineludible paradoja: es su obsesión, es su tarea impostergable, que la obligación derivada de los hechos ilícitos (responsabilidad civil) no nazca.

Resultan ideas fundamentales, principios “portadores de luz” (que necesariamente deben iluminar la construcción de las respuestas)⁶¹, los siguientes:

(i) El diálogo con la Constitución y con los Tratados de Derechos Humanos, es decir, la constitucionalización del Derecho de las Obligaciones y la insoslayable tarea de construir un sistema coherente de protección de los derechos fundamentales. El nuevo Código, en tal sentido, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre éste, la Constitución y el derecho público⁶².

⁵⁹ El nuevo Código, en su título preliminar, incorpora principios fecundos (cap. 3 “*(e)jercicio de los derechos*”, arts. 9/15). Buena fe, prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, preeminencia de los derechos incidencia colectiva.

⁶⁰ En esta materia —como se anticipó— se despliega, por un lado, la teoría general de la obligación; y, por otro, una de sus principales fuentes, es decir: los hechos ilícitos (la mal llamada teoría general de la responsabilidad civil que incluye, también, equivocadamente —pues está en el ámbito de la obligación— a la responsabilidad contractual —*rectius*: responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación—). En el nuevo Código, la responsabilidad civil comprende —cabe reiterar— la violación del deber de no dañar a otro y el incumplimiento de la obligación. La aporía palpita en la nueva regulación.

⁶¹ Se entiende: legislativas, judiciales, administrativas.

⁶² HIGHTON, Elena I., *Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial*, en LA LEY, ejemplar del 13 de abril de 2015, p. 1.

(ii) La persistente lucha por la igualdad real⁶³ o, con las palabras que se leen en los fundamentos del anteproyecto del nuevo Código, el diseño de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

(iii) La consideración del *contratante* –deudor o acreedor– *débil*: noción que refiere a una categoría –por ejemplo: consumidor frente a un empresario, proveedor–. Es decir: no importa una apreciación en concreto, individual.

El legislador y el juez deben identificar, entonces, situaciones de debilidad. Ésta resulta puramente contractual no económica, social, cultural –aunque la presuponen– y consiste, por un lado, en un déficit de información de una parte frente a la otra; y, por otro lado, en un déficit de reflexión, estrategia y de negociación⁶⁴.

(iv) La valoración del que sufre injustamente el daño y su inexorable conclusión: el discurso jurídico se articula a partir de la víctima. Vale decir, si el acontecimiento del daño irrumpe en el horizonte existencial de la víctima, este saber disciplinar no puede permanecer impasible ante semejante injusticia.

(v) La prevención del daño: uno de los tres principios fundamentales, desde el famoso texto de Ulpiano, del derecho esto es, el no dañar a otro, lleva en su seno tal noción. Ver antes, anticipar el daño, en suma, pre-verlo; resulta capital, visceral, la primera cuestión a considerar. De ahí que resulta bienvenida la incorporación, en el nuevo Código (arts. 1710/1713), de la función preventiva de la responsabilidad civil.

Al respecto, se destaca en los fundamentos del anteproyecto que *“cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz.- En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente, En estos casos se observa además la*

⁶³ En tal caso, el derecho privado se “publiciza” (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Introducción al derecho del consumidor*, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario 2004-5, Consumidores, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2004, p. 8.

⁶⁴ De la clase impartida por PASQUAU LIÑAO, *Contratante débil: ¿Qué debilidad?* en la Universidad de Salamanca; enero de 1999. LORENZETTI, Ricardo L. destaca, en *Las normas fundamentales de derecho privado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 100/101, la debilidad estructural del consumidor en el mercado.

*‘tragedia de los bienes comunes’, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos (...)*⁶⁵.

Asoma también, desde el derecho ambiental y frente a la insuficiencia de la noble idea de prevención, el principio precautorio para inhibir toda conducta que potencial o conjeturalmente pueda causar un daño, aun cuando no haya certeza científica absoluta⁶⁶.

(vi) El principio *favor debilis*⁶⁷: que “despeja” el análisis y la valoración de las situaciones dudosas, vacilantes, polémicas; que abre y clarifica lo oculto en el lenguaje y en el obrar de los “poderosos”; que nos aproxima, en suma, a la verdad en la obligación.

(vii) El ejercicio regular de los derechos, la buena fe y la posibilidad de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas⁶⁸: delicados “instrumentos” al servicio del reinado de la Justicia en el universo obligacional.

Las ideas de cooperación⁶⁹, de solidaridad, de ejercicio regular de los derechos resultan los hilos conductores para orientarnos a través de las cuestiones más importantes de esta disciplina. Los conceptos que las nutren resultan la esencia del derecho privado y su conocimiento, junto al de la teoría general de los hechos y actos jurídicos, es indispensable para la comprensión de las demás partes⁷⁰.

El conocimiento de la teoría general de la obligación permite, en suma, caminar con cierta tranquilidad por el universo del derecho desde que cualquiera sea el sector en que nos ubiquemos, lo cierto es que una

⁶⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, 2012, p. 563.

⁶⁶ Puede verse, sobre el tema, MARIÑO LÓPEZ Andrés, *La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución*, en La Ley, ejemplar del día 19 de febrero de 2013.

⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 98.

⁶⁸ Esta posibilidad que exhibía el anteproyecto del nuevo Código (conf. art. 1714) fue, finalmente, eliminada. Está vigente, sin embargo, el art. 52 bis de la L.D.C. que regula, precisamente, los mal llamados “daños punitivos”. Se aplica, tal norma, en el ámbito de los derechos de los consumidores o usuarios.

⁶⁹ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, to. I, p. 3.

⁷⁰ SALAS, Acdeel E. *Obligaciones, Contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 30.

obligación debe regirse por los principios de la teoría general, aunque se trate de obligaciones nacidas v.gr. de un contrato administrativo⁷¹.

La materia, en resumen, puede presentarse así:

(i) La obligación, su ubicación dentro del género deber, su definición, su historia, sus elementos estructurales. Nacimiento, efectos, vicisitudes, clasificaciones y, en fin, extinción. Tal es su devenir entre la “vida” y la inexorable “muerte”.

(ii) La responsabilidad civil que está en el origen de la obligación como una de sus fuentes⁷² y, también, en su vida, en su dinámica, como una de sus posibilidades (falta de pago–incumplimiento)⁷³. En otras palabras, la responsabilidad civil, como fuente de la obligación y como sanción por su no pago (incumplimiento)⁷⁴, también integra el contenido de esta materia.

El vocablo (sintagma) responsabilidad civil designa, como se ve, dos fenómenos jurídicos distintos: la falta de pago (mal denominada responsabilidad contractual) y los delitos y cuasidelitos (mal llamados responsabilidad extra–contractual). Se debe aclarar y precisar, luego, para evitar múltiples confusiones, el concepto de responsabilidad y sus supuestas –y admitidas casi universalmente– dos órbitas –contractual y extracontractual– cuya unificación se realiza, así se afirma en los fundamentos del anteproyecto, en el nuevo Código⁷⁵.

Conviene anticipar, no obstante ello, que el incumplimiento, el no pago de la obligación, es uno de los efectos de ésta y se estudia, por lo

⁷¹ S.C.B.A., B-51.906, del voto del doctor Miguel A. Mercader, sent. del día 22 de agosto de 1995.

⁷² La llamada “responsabilidad extracontractual”; en rigor: los hechos ilícitos. Ahora, en el nuevo Código se habla de la “violación del deber de no dañar a otro” y, asimismo, del “incumplimiento de la obligación”. Se une, a tales fenómenos, en la fuente “responsabilidad civil” (conf. arts. 1716 y cons. del C.C.C.N.).

⁷³ Cuando se incumple la obligación, se habla –con impropiedad– de responsabilidad contractual –*rectius*: responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación– (LLAMAS POMBO, Eugenio, su clase impartida en la Universidad de Salamanca en el año 2002).

⁷⁴ Los llamados efectos anormales de las obligaciones. Ciertamente, lo normal es el cumplimiento y lo anormal, por tanto, su incumplimiento.

⁷⁵ Fundamentos del anteproyecto, ob. cit., p. 653 y *pássim*.

tanto, en el ámbito de la obligación y no de sus fuentes. En rigor, el Derecho de las Obligaciones se integra, como saber disciplinar, con dos materias que “habitan” regiones ónticas distintas del “ser” obligación, a saber:

(i) **La obligación**, su teoría general elaborada en forma autónoma e independiente de las fuentes que le otorgan el ser; aquí se estudia, dentro de los efectos anormales, la mal llamada “responsabilidad contractual”, vale decir las consecuencias derivadas de la falta a la obligación (conf. arts. 724, 730, 743, 777, 955 y concs. C.C.C.N.); y

(ii) **los hechos ilícitos**⁷⁶ que provocan el nacimiento de la obligación (resarcitoria), la mal denominada “responsabilidad extracontractual”, ahora unificada con la “responsabilidad contractual” (*rectius*: se unificó, como se lee en el art. 1716 del C.C.C.N., la violación del deber de no dañar a otro con el incumplimiento de una obligación).

En suma, la obligación **—efecto—** independiente de sus fuentes, por un lado; y los hechos ilícitos (en el nuevo Código “responsabilidad civil”), fuente **—causa—**, de la obligación, por otro lado, resultan las dos materias que integran al derecho de las obligaciones. En el nuevo Código estas materias regulan, en el colmo de la incoherencia, el mismo fenómeno jurídico, es decir el no pago de la obligación (como acontecimiento que la hace caer en la etapa de la responsabilidad; y, por otro lado, como fuente de la obligación de reparar). Intenté, en otro trabajo⁷⁷, armonizar la inconsistencia que proviene de la doble regulación.

7. El anticipo de la teoría general de la obligación y el despliegue de la materia en el Código Civil y Comercial

La obligación se exhibe en el Código Civil y Comercial (y, asimismo, en el Código derogado) en forma separada e independiente de sus fuentes en particular⁷⁸, en el marco de una teoría general⁷⁹ que procura,

⁷⁶ Delitos y cuasidelitos. En el nuevo Código se habla de “*responsabilidad civil*” que comprende a la violación del deber de no dañar y al incumplimiento de la obligación (art. 1716).

⁷⁷ MARTINEZ, Jorge Pablo, *La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial. Sus dilemas*, 1ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2016.

⁷⁸ La obligación puede nacer, como lo enseña el art. 499 del Código Civil derogado y su nota, de diversas fuentes.

en pocas palabras, resolver los problemas prácticos que plantean las relaciones jurídicas patrimoniales generadas por la convivencia.

El nuevo Código diseña una teoría general de la obligación y su desarrollo, su contenido, puede leerse en el título I del libro tercero “(d)erechos personales”. En los títulos siguientes (II, III y IV) se regula a la fuente principalísima de las obligaciones, es decir a los contratos en general, de consumo y en particular⁸⁰. En el último título se presentan las otras fuentes de las obligaciones, a saber: (i) responsabilidad civil; (ii) gestión de negocios; (iii) empleo útil; (iv) enriquecimiento sin causa; (v) declaración unilateral de la voluntad; y (vi) títulos valores. La Ley y, también, el ejercicio abusivo de los derechos⁸¹ resultan, aunque no se incluyen en este título V, fuentes de las obligaciones. Es importante aclarar, sin embargo, que en el mencionado artículo 10 se esculpe, al igual que en España en el año 1974, un principio general del derecho⁸².

Normas que se relacionan directamente con la materia aparecen, también, en el libro cuarto “(d)erechos reales”, título XII “(d)erechos reales de garantía” (arts. 2184/2237)⁸³. En el libro sexto “(d)isposiciones comunes a los derechos personales y reales”, en tres de sus cuatro títulos se regulan aspectos de este saber disciplinar. En efecto, el título I se ocupa de la prescripción y caducidad (arts. 2532/2572)⁸⁴, el II de los privilegios y, por último, el III del derecho de retención.

En síntesis, el nuevo Código diseña una teoría general de la obligación, la presenta en el título I del libro tercero y la despliega desde

⁷⁹ Libro tercero “(d)erechos personales”, título I “(o)bligaciones en general” (arts. 724/956)

⁸⁰ Se receptan, en este título IV, algunos contratos que no resultan fuentes de las obligaciones. En efecto, en el cap. 26 se regula a la “(c)esión de derechos” que, como es sabido, se relaciona con el fenómeno de la transmisión de las obligaciones. Asimismo, en el cap. 28 se encuentra la “(t)ransacción”, contrato esencialmente extintivo de obligaciones.

⁸¹ Art. 10 del nuevo Código, que en lo pertinente dice: “...El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” —énfasis agregado—.

⁸² CUADRADO PEREZ, Carlos, *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, 1ª ed., Thompson Reuters-ARANZADI, Pamplona, 2014, p. 58.

⁸³ Se regula a la hipoteca (cap. 2), a la anticresis (cap. 3) y en el cap. 4 a la prenda en cuya sección 3ª luce la prenda de créditos.

⁸⁴ Aparece aquí la prescripción extintiva o liberatoria, significativa figura que se relaciona con la suerte final (extinción) de los derechos creditorios.

el artículo 724 hasta el art. 956. Las normas de los títulos siguientes se refieren (II, III, IV y V), en rigor, a las fuentes de la obligación⁸⁵. En el libro cuarto, en su título XII, se regulan algunos medios de garantía (hipoteca, prenda y anticresis); y en el sexto, en su título I, se ocupa de la prescripción⁸⁶ como medio para liberarse de la obligación y en los títulos siguientes (II y III) se tratan tópicos relacionados con los efectos secundarios o auxiliares de la obligación⁸⁷.

III. Su importancia en los aspectos económicos, políticos, sociales y culturales

a. La obligación en un texto sagrado

(*) *“El ladrón hará completa restitución; si no tiene con qué, será vendido para pagar lo robado”*⁸⁸.

La esclavitud, la venta como esclavo, era la sanción prevista en la ley mosaica para el deudor que no restituía lo obtenido a través del hecho ilícito cometido. En otras palabras, si no se cumplía la obligación –restitución–, que nacía del hecho ilícito –hurto–, **se respondía** con la persona, quien perdía su libertad y podía ser vendida para *“pagar lo robado”*.

(*) *“... mi marido ha muerto (...) Pero el acreedor ha venido para llevarse a dos hijos míos como siervos”*⁸⁹.

La muerte del deudor responsable, es decir del deudor que no pagó su obligación, prolongaba su responsabilidad (personal) en su descendencia, en sus hijos. Estos, continuadores de la persona de su padre, perdían su libertad en tanto el implacable acreedor podía llevárselos “como siervos”.

⁸⁵ Salvo, aclarado está, lo señalado en la nota 80 acerca de los contratos que no son fuente de la obligación.

⁸⁶ Título I “Prescripción y caducidad”; Cap. 1 “Disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva”, Cap. 2 “Prescripción liberatoria”.

⁸⁷ Privilegios; derecho de retención.

⁸⁸ SANTA BIBLIA, cit.; Éxodo: 22, 3, p.121.

⁸⁹ SANTA BIBLIA, cit.; 2 Reyes: 4,1, p. 468.

Por otro lado, en el primitivo derecho romano la obligación era considerada como un vínculo estrictamente personal que acordaba al acreedor poderes efectivos sobre la persona del deudor. Vale decir, cuando el deudor no cumplía era pasible del procedimiento de la *manus injectio*, mediante la cual el acreedor era autorizado por el pretor para poner la mano sobre aquél con el fin de hacer efectiva su prenda, la *pignoris capio*. Convertido, por lo tanto, el deudor en cosa en poder del acreedor, podía éste privarlo de libertad para hacerle trabajar en su favor, y aún venderlo del otro lado del Tíber.

b. La obligación en el cine

Jan – Es un buen departamento ¿Por qué lo dejas?

Jule – No puedo pagarlo.

Jan – ¿Por tus deudas? (...) Todos tenemos deudas.

Jule – No como yo. (...)

Jan – ¿Cuánto debes? ¿1.000 euros? ¿10.000? ¿Más? ¿20.000? ¿30.000?

Jule – Por favor, no me arruines el día (pausa de angustia) 94.500.

Jan – ¿Euros?

Jule – Sí.

Jan – ¿Qué hiciste? ¿Quemaste una fábrica?

Jule – Ojalá. Hace un año en la autopista estaba en mi viejo Golf. Adelante, un ejecutivo en su Mercedes Clase S. El frenó, yo no. Su auto quedó destruido. Mi matrícula estaba vencida y no tenía seguro. Y ese maldito auto cuesta 100.000 euros. Ahora sólo debo 94.500.

Jan – ¿Trabajas toda tu vida para que un ejecutivo vaya en Mercedes? Esos tipos ganan una fortuna y un auto así no vale nada.

Jule – Pero fue mi culpa. Es su derecho.

Jan – ¿Eso es justicia? ¿Pagar el estilo de vida de un nuevo rico? ¿Un auto de 100.000 euros? ¿Acaso es de oro?

Jule – A mí también me enferma. No debí intentar abrir la guantera. Fue mi culpa. Debo pagar.

Jan – ¿Quién lo dice? ¿La policía? ¿El Fiscal, los periodistas? Maldita moral burguesa. (...) Arruinarle la vida a una chica es inmoral. ¿Crees que a ese tipo le importa?

Jule – Tienes razón. ¿Qué puedo hacer?

Jan – Primero debes reconocer la injusticia y segundo actuar.

Jule – ¿Cómo?

Jan – Da el primer paso sola. Busca aliados para el segundo

Jule – ¿Dónde?

Jan – Da el primer paso y luego llámame.

Jule – Solo por curiosidad calculé cuánto de mi vida le estoy dando a ese idiota.

Jan – ¿Y?

Jule – Ocho años, pero cuando sea maestra.

Jan – ¿Eso quieres?

Jule – Es mejor que ser camarera.

Jan – ¿Y antes del accidente?

Jule – En realidad, creo que quería... Te parecerá estúpido. Creo que solo quería vivir libremente.

Jan – No es estúpido. Es lindo.

Jule – Eso queremos muchos. Después vienen los compromisos. Es así.

Jan – No siempre. A veces no. Algunos lo logran. De todos modos si sigues trabajando para ese idiota perderás la fe en todo⁹⁰.

c. La obligación en un histórico acuerdo: su importancia política

"... ¿Qué es lo que concretó ayer el milagro de reunir en torno a una misma mesa al reverendo Ian Paisley, líder de la mayoría protestante más intransigente, el Partido Unionista Democrático (DUP), y a Gerry Adams, líder del Sinn Féin, el ala política del nacionalista Ejército Revolucionario Irlandés (IRA), para acordar formar un gobierno conjunto a partir del próximo 8 de mayo? Nada de lo que podría haberse imaginado después de tres siglos de antagonismos y 30 años de sangrienta disputa sectaria –como el triunfo unilateral en reivindicaciones de "soberanía" irlandesa o de "patriotismo" británico–, sino algo mucho más mundano: el espectro de tener que pagar una factura de agua más cara. El hecho es insólito, pero comprensible (...)"⁹¹.

La lectura de la nota pone de relieve la importancia de la obligación (pagar una factura de agua más cara) que el gobierno británico ha

⁹⁰ *Los educadores*, película alemana del año 2004, dirigida por Hans WEINGARTEN.

⁹¹ IGLESIAS, Graciela en el diario *La Nación*, su nota *Cuando el bolsillo pesa más*, ej. del 27 de marzo de 2007.

utilizado para forzar el acuerdo ("*De no haber acuerdo, ustedes tendrán que explicarles a los contribuyentes las razones del aumento*").

1. La obligación en la dimensión social: la necesidad de la cooperación

La existencia humana es coexistencia, el hombre necesita de la **cooperación ajena** para: **(i)** procurarse bienes y servicios; **(ii)** evitar los riesgos que se presentan; y **(iii)** obtener la justa reparación del daño que padece o reparar con justicia el daño que causa.

Y si la otra persona le niega la cooperación, le niega su buena fe, y le vuelve el rostro, deberá recurrir al Poder Judicial para que un juez aplique –en pos de la resolución de la tensión, del conflicto, de la discordia– las normas que estructuran, iluminadas por los “principios portadores de luz” (*supra* 3.), al Derecho de las obligaciones.

En la exigencia de cooperación entre los hombres, se encierra, como lo enseña Betti, la clave con la que el jurista⁹² debe penetrar en la inteligencia del instituto de la obligación, considerándola en su función económica–social. Si en el campo del Derecho Civil hay un sector en el que se exige al jurista la **más alta sensibilidad social** y la más íntima familiaridad con lo que quisiéramos llamar la ética del Derecho es, precisamente, en éste de las obligaciones⁹³.

Si pensamos en esta exigencia, y analizamos los textos de la Biblia y de la película presentados⁹⁴, observamos que desde el pasado, que hunde sus raíces en la tradición judeo–cristiana⁹⁵, hasta el presente de nuestra sociedad de masas⁹⁶ (que es, a su vez, hija y madre de una sociedad basada en el consumo⁹⁷) la relación de obligación (el acreedor–el deudor) despliega su notable importancia en el campo de lo social, de lo económico; y el valor de la cooperación ajena asoma, en tal oscuro horizonte, con una presencia insoslayable, luminosa.

⁹² También el estudiante, el abogado, el juez.

⁹³ BETTI, Emilio,, ob. cit., p. 3 y ss..

⁹⁴ *Supra*: “La obligación en un texto sagrado” y “La obligación en el cine”.

⁹⁵ En el amanecer del pueblo escogido que escapaba de la explotación y opresión egipcia. Su atrapante relato puede leerse en el Libro del Éxodo.

⁹⁶ Hija primogénita de la revolución industrial inglesa y de la revolución tecnológica.

⁹⁷ La expresión pertenece a José ISAACSON.

En efecto, el deudor, el *ob-ligatus*⁹⁸ que no pagaba⁹⁹ **respondía**¹⁰⁰ con su persona, con la pérdida del bien máspreciado, la libertad¹⁰¹. Estar ob-ligado significaba estar atado, enlazado, ligado con el cuerpo al opresivo poder del acreedor. Aún no se había plantado, en la noche de los tiempos, la semilla de la luz que aproxima la cooperación.

En la antigua Roma es conocida la posibilidad, que surgía de la Ley de las XII Tablas, de descuartizar al deudor en caso de concurrencia de acreedores insatisfechos. La sola enunciación de tal posibilidad, más allá de su concreción, habla a las claras de la crueldad que encerraba la fría noción de obligación.

El deudor que hoy no paga **responde**¹⁰² con sus bienes, con su patrimonio pues éste es la garantía común de los acreedores (conf. arts. 242, 743 del nuevo Código), de ahí que si los bienes de aquél son, por ejemplo, inembargables, el acreedor no podrá agredirlo. El deudor, por lo tanto, solamente responderá con los bienes que integran la garantía común de los acreedores. Si sus bienes no la integran¹⁰³, no responderá o, mejor expresado, su responsabilidad quedará en potencia¹⁰⁴ y no podrá ser actualizada por el acreedor insatisfecho.

En pocas palabras, el crédito y el daño causado al acreedor por el no pago (incumplimiento) quedarán a la espera de que ingresen bienes en el patrimonio del deudor para que éste pueda responder cabalmente. Las expectativas del acreedor, de prestación y de satisfacción, quedan demoradas frente al recalcitrante deudor cuyo patrimonio resulta insuficiente para cumplir forzosamente, coactivamente, con la obligación no pagada (incumplida).

⁹⁸ La voz “obligación” deriva de “obligatio”, la que proviene a su turno de obligare, expresión formada de “ob” –que significa “alrededor”, “en torno”, “por”, “a causa de”, “ante”- y “ligare” –que quiere decir ligar, atar-. Se da así la idea de ligadura en un sentido más bien físico o material.

⁹⁹ La obligación podía nacer de un delito (el ej. de Éxodo) o de un contrato (el ej. de 2 Reyes)

¹⁰⁰ El verbo “responder” está utilizado en su sentido técnico, preciso.

¹⁰¹ Pérdida que se extendía a los hijos (ej. de 2 Reyes). No tan lejos en el tiempo, en el s.XIX, es conocida, en la historia de la literatura, la prisión padecida por la familia del escritor inglés Charles DICKENS.

¹⁰² En el sentido técnico señalado.

¹⁰³ V.gr. bien de familia, bienes inembargables, etc..

¹⁰⁴ Hasta la aparición de los bienes que se puedan ejecutar.

Sin embargo, una desproporcionada deuda (como la que pesaba sobre Jule¹⁰⁵) puede arruinar la programada vida, puede restringir la libertad¹⁰⁶ o, mejor precisado, la espontaneidad proyectada en el proyecto vital del futuro inmediato¹⁰⁷. El auténtico deudor¹⁰⁸, en suma, puede quedar sometido también al poder opresivo del acreedor¹⁰⁹. Debe nacer, en consecuencia, la idea de cooperación –ausente en el opresivo acreedor de la película y muy presente en la obligación de hoy– para “remediar” la injusticia.

La obligación (deuda) será siempre la otra cara de la libertad –en el sentido de facultad de señorío–, de ahí que la esclavitud, en el lejano ayer, era el destino inexorable que le esperaba al deudor que no cumplía. Y en el inasible presente, el proyecto existencial de algunos deudores (pensemos vgr: en Jule y en los deudores hipotecarios españoles –ver *infra* 3.b. y 3.c. –) puede reducirse en forma significativa cuando están “atados”, “presos”, por sus deudas¹¹⁰.

El Derecho de las Obligaciones no puede tolerar, va de suyo, semejante opresión, tamaña injusticia. No debe olvidar, cuando en su horizonte aparece un acreedor poderoso, que las “*urias del interés privado*” son las más violentas, mezquinas y aborrecibles pasiones del corazón humano¹¹¹. No debe olvidar.

Resulta pertinente aclarar, en este tramo, que entre el rico–acreedor¹¹² y el agobiado–débil–deudor no existe la distancia incolmable que hay entre el hombre libre y el esclavo¹¹³, aunque en el discurso del

¹⁰⁵ Una de las protagonistas de la película *Los educadores*.

¹⁰⁶ Decide no viajar a Barcelona con su novio, a pesar de que éste le ofreció pagarle “todo”. ¿Por qué canceló el viaje? Porque “tengo muchas deudas”, dijo.

¹⁰⁷ COSSIO, Carlos, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 116.

¹⁰⁸ Que no se desentiende de la deuda.

¹⁰⁹ “Eres esclava de un millonario”, le dice Jan a Jule en *Los educadores*.

¹¹⁰ Tal vez porque “*Todo es presencia, todos los siglos son este presente...*” (PAZ, Octavio, fragmentos en Ñ, del 17-3-2007, p. 2)

¹¹¹ MARX, Karl, *El capital: el proceso de producción del capital*, 1ª ed. 5ª reimp., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, pp. 8/9.

¹¹² V.gr. el rico, que gana 3.000.000 de euros al año, que fue secuestrado en la película de marras.

¹¹³ ALTAMIRANO, Carlos, en Ñ Revista de Cultura, Clarín, n° 181, 17 de marzo de 2007, p.8.

derecho se habla, con sensible razón, de una nueva esclavitud que no podemos ignorar¹¹⁴.

Las obligaciones internacionales, desde luego, no son ajenas a estas categorías pobre–rico, opresión–agobio–; ellas pueden expresar, también, la explotación, la opresión. En efecto: “(l)os países ricos tienen un sistema en el que utilizan a los pobres como materia prima. Sacan provecho y se olvidan de ellos”¹¹⁵.

En suma, el Derecho de las Obligaciones no puede permanecer impasible ante el hecho natural de la desigualdad, debe ser el abanderado del hecho cultural que agita la aspiración a la igualdad. Y, por consiguiente, jamás debe olvidar que la verdadera Justicia consiste en dar más a los que están más bajo, para igualar el punto de partida en el presente vital¹¹⁶. Noble, imprescindible, tarea en la interminable lucha por la igualdad real.

2. Continuación: todas las relaciones pecuniarias son relaciones de obligación

En los primeros renglones de un compendio de lectura obligatoria¹¹⁷ –en mi época de estudiante– se lee, en pocas palabras, la importancia de la materia desde el aspecto económico: “todas las relaciones pecuniarias que existen entre los hombres, son relaciones de obligación”. Y la inversión del enunciado muestra, con mayor precisión, la señalada importancia. Es que, en rigor, todas las relaciones de obligación son, carácter patrimonial de la prestación¹¹⁸ mediante, relaciones directa o indirectamente pecuniarias.

¹¹⁴ En tal sentido, HOCKL, María Cecilia *Las asimetrías sociales y la mediación del derecho*, La Ley, ej. del 9 de junio de 2006, pp. 1/4.

¹¹⁵ BINOCHÉ, Juliette, en el diario *La Nación –Revista*, del 18 de marzo de 2007, p. 24.

¹¹⁶ COSSIO, Carlos, ob. cit. en nota 107, p. 126

¹¹⁷ Uno de los usos vulgares de la palabra. Sorprende, en el lenguaje espontáneo –natural–, la multivocidad de la expresión lingüística “obligación” (DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., p. 48). La consulta no era, desde luego, obligatoria. La obligación, la relación obligatoria, tiene, en el ámbito del lenguaje técnico del derecho, una definición precisa. Una esclarecedora síntesis de las diferentes clases de lenguajes –natural y artificial (técnico y formal)– puede verse en GHIBOURG, Ricardo A. – GHIGLIANI, Alejandro M. – GUARINONI, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, 2ª reimp., Eudeba, Buenos Aires, pp. 20/22.

¹¹⁸ Conf. arts. 1169, 1167, 1083, 953, 519 y concs. del derogado Cód. Civil.

El Derecho de las Obligaciones se muestra, por consiguiente, como la estructura jurídica de las relaciones económicas¹¹⁹ o, dicho de otro modo, la obligación es el cauce jurídico, el instrumento para llevar a cabo la dinámica de la vida económica. A través de ella se cumple sustancialmente una función de intercambio de bienes y servicios¹²⁰. Esta afirmación, resulta pertinente aclararlo, pone el acento en las obligaciones que nacen de la voluntad de las partes (contratos, declaración unilateral de la voluntad).

La teoría de la obligación, en consecuencia, al regular las relaciones económicas entre los hombres o, mejor expresado, al proyectar conductas en las que el dinero –directa o indirectamente¹²¹– resulta su epicentro, debe estar sostenida por un delicado sentido de justicia¹²² y debe comprometerse en la lucha contra las injusticias, las desigualdades y los egoísmos individualistas¹²³ que siembran la discordia y distorsionan la paz entre los miembros de la sociedad.

3. La obligación como situación instrumental

a. La obligación como instrumento para esclavizar y degradar a la persona

“...Son tristemente conocidos en nuestro país los casos de mujeres peruanas, paraguayas y bolivianas, que son atraídas y engañadas con la posibilidad de trabajo, para lo cual firman algún tipo de contrato de préstamo, que documenta el dinero supuestamente adelantado por el rufián que favorece el ingreso en la Argentina. Luego se las secuestra, se les retienen los documentos y se las encierra en prostíbulos estrictamente vigilados, aduciendo que tienen que trabajar prostituyéndose para pagar la deuda. En muchos casos, por cualquier nimiedad, se las multa de modo que nunca lleguen a poder pagarla y sigan así sometidas”¹²⁴.

¹¹⁹ SALAS, Acdeel, ob. cit., p. 31.

¹²⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., p. 55.

¹²¹ Habida cuenta que el admitido carácter patrimonial de la prestación se traduce, a la postre, en dinero.

¹²² En el sentido explicitado *supra*.

¹²³ STIGLITZ, Gabriel A., *Obligaciones. Parte General*, 1ª ed., Santa Fe, Juris, 1994, p. 3.

¹²⁴ Del Editorial II, diario La Nación, 7-4-2007 “Infame tráfico laboral y sexual”.

b. La obligación al servicio de la ideología neoliberal: sus nefastas consecuencias

“...El temor a un descalabro económico de mayores proporciones por la quiebra de alguna de las grandes entidades financieras y el fantasma del efecto dominó deriva en la subordinación de gobiernos que se endeudan para salvarlos y aplican impopulares recortes del gasto público para liberar recursos para pagar a los acreedores. Esta situación se está desplegando con prolija violencia en Europa, siendo España la máxima expresión con tasas record de morosidad y ejecuciones hipotecarias”.

“(...) Además de la caída del valor de las propiedades, el rostro más cruel del estallido de la burbuja de ladrillos es el desalojo de miles de familias porque al perder el empleo o contabilizar una reducción de ingresos no pudieron cumplir con el pago del crédito hipotecario. La situación es más desesperante debido a que no sólo tuvieron que entregar la vivienda, sino que luego del remate, a un precio por debajo del tasado inicialmente para pactar el crédito, la familia sigue contabilizando una deuda con el banco. Un sistema de esquilma cuyos detalles resultan impactantes. En base a un ejemplo publicado por el diario El País se comprende en toda dimensión:

“El 10 de mayo de 2004 una familia suscribe una hipoteca por 120 mil euros para comprar una vivienda tasada en 150 mil euros. El plazo de pago del crédito es 20 años con una tasa de interés fija del 5 por ciento anual. La cuota mensual del préstamo es de 790 euros.- El 10 de mayo de 2011 deja de pagar y empiezan a correr los intereses por mora, que no tienen tope, por ejemplo del 20 por ciento. Hasta ese momento, la cuenta era: intereses pagados 37 mil euros, capital pagado 30 mil euros y un saldo del crédito de 90 mil euros (el monto original era 120 mil).- En julio de 2011, la familia debe dos cuotas (1580 euros) y el banco exige el pago. Por las condiciones del crédito, los bancos pueden reclamar toda la deuda ya al primer mes de mora e iniciar el trámite judicial de ejecución del crédito hipotecario.- El juzgado otorga 10 días a la familia para regularizar su situación y, si no lo hace porque no tiene el dinero debido a que sus integrantes perdieron el empleo, comienza el proceso de

ejecución hasta la subasta de la vivienda.- En el ejemplo, la subasta se realiza en noviembre de 2012, con la obligación de anunciarla con 20 días de antelación. En esa instancia, la cuenta es: el deudor pagó 67 mil euros (capital más intereses) y el saldo de la deuda era 90 mil euros, pero el banco demanda 137 mil euros (deuda hipotecaria, intereses por mora y costas del proceso judicial).- La vivienda se subasta al 70 por ciento del valor de tasación (105 mil euros). El valor original era 150 mil euros. Si hay un comprador, ese dinero es para el banco, pero el monto no cubre la totalidad del reclamo de 137 mil euros. El faltante de 32 mil euros es la deuda que mantiene la familia con el banco.- Por la crisis no hay compradores particulares de viviendas. Entonces el banco se queda con la unidad, pero al 60 por ciento del valor de tasación (90 mil euros). De ese modo, la deuda de la familia con el banco es mayor: 47 mil euros.- Comienza el proceso de desalojo (“desahucio”) que se ejecuta en un mes, con posibilidad de otro mes de prórroga.- La deuda no prescribe y el deudor tiene que responder con todos sus bienes presentes y futuros.- La familia no pudo pagar la cuota de la hipoteca porque sus miembros perdieron el trabajo y están desocupados. Se quedaron sin vivienda propia y con una deuda de 32 mil o 47 mil euros con el banco”

“Después de este recorrido, se encuentra la respuesta de por qué aumentaron los suicidios en España entre quienes pierden la vivienda”.

“Entre 2007 y 2011 se han producido cerca de 350.000 ejecuciones hipotecarias en España. Centenares de miles de familias están siendo desahuciadas de sus casas por las mismas entidades financieras que han provocado la crisis y que han sido rescatadas con dinero público. Los bancos se defienden diciendo que muchos de los ‘desahucios’ son de segundas o terceras viviendas, locales comerciales o garajes....”.

“La situación española es la más dramática de Europa por las condiciones abusivas de los créditos hipotecarios y leyes que desamparan al deudor. El PP en el gobierno y el Partido Socialista en la oposición están negociando flexibilizar la legislación sobre hipotecas. Si bien sin la furia española, en otros países europeos también aumentaron los desalojos. Una investigación de El País detalla que en Portugal las

ejecuciones aumentaron 17 por ciento en 2011 respecto del año anterior; en Francia, el año pasado hubo 113.669 sentencias de desalojos, 4 por ciento más que en 2010 y 40 por ciento más que hace diez años; en Italia, durante el año pasado 39.474 familias italianas fueron desalojadas de sus viviendas por no pagar la hipoteca, un 75 por ciento más que hace cuatro años; y en Gran Bretaña, el Consejo de Prestamistas de Hipotecas estima que los desalojos sumarán 35 mil en este año”.

“La política de austeridad está hundiendo a Europa, arrimando a los bancos a la insolvencia y provocando un desastre sociolaboral. Es la receta de la ortodoxia. ¿Qué piensan los economistas del establishment argentino sobre la crisis europea, en especial sobre la economía de España, ofrecida como modelo hasta hace poco? Retumba el silencio”¹²⁵.

No solo estupor provoca la dramática situación que describe la nota periodística. En efecto, el flagrante e insultante abuso que padecen los debilitados deudores (consumidores) españoles y el enaltecimiento del infierno de la injusticia que se ha tejido con los hilos de la insensibilidad de los tres poderes (legislativo, ejecutivo, judicial) pone en evidencia que el derecho y la obligación, con minúsculas, pueden estar (en el caso: están) al servicio de los sectores más poderosos. El más frío de todos los monstruos fríos¹²⁶ es aún más frío.

El viento cálido de la Justicia sopló, sin embargo, para uno de los deudores ejecutados. Un Juez mercantil de Barcelona, ante quien el ejecutado presentó una pretensión declarativa para que anule una cláusula del préstamo hipotecario por considerarla abusiva y declare, en consecuencia, la nulidad del proceso de ejecución, elevó una consulta (petición de decisión prejudicial) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Sala Primera del aludido Tribunal declaró, en su sentencia del día 14 de marzo de 2013, incompatible el régimen jurídico español de

¹²⁵ ZAIAT, Alfredo, *Desahuciados*, en Página 12, del día 17 de noviembre de 2012.

¹²⁶ NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 82.

ejecuciones hipotecarias y desahucios (desalojos) con el derecho de la Unión Europea de protección de los consumidores¹²⁷.

Los antecedentes del caso que el Juez español llevó, en busca del hilo de Ariadna, al Tribunal Europeo no difieren, en esencia, de los que relata la nota transcripta. La facultad de exigir la totalidad del préstamo ante el no pago de una cuota, la mora automática y una tasa de interés muy alta, están presentes, también, en este asunto. El banco promovió ejecución hipotecaria, el deudor jamás se presentó y, subastado el inmueble (vivienda familiar) sin que se presentaran ofertas, se adjudicó al 50% de su valor.

Unos días antes de la fecha fijada para la entrega de la posesión al adjudicatario, el deudor (consumidor) presentó la pretensión aludida ante el juez mercantil quien, frente a las dudas que le suscitara la conformidad —o no— del derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva 93/13, decidió suspender el proceso y plantear, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dos cuestiones prejudiciales.

La Sala Primera del mencionado Tribunal declaró, en relación a la primera cuestión planteada, que la *“Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”*.

¹²⁷

La sentencia puede verse en:
<http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TJUE/Sentencia-Vivienda-ejecucion-hipotecaria-desahucios.htm#Footnote>

c. La obligación: delicado instrumento para realizar el valor Justicia

Se ha destacado, no sin razón, que la relación de obligación es una situación jurídica instrumental¹²⁸; tal enunciado resulta adecuado para comprender su vital importancia en los aspectos social, político y económico. Se presenta a la obligación, por lo tanto, como un instrumento, como un útil, como una herramienta “para algo”.

Desde esta perspectiva “instrumental”, el “para algo” impone, exige su propia determinación. Dicho de otro modo, el “para algo” revela la ineludible necesidad de interrogar acerca del *para qué* (como un útil a la mano del acreedor o del deudor) de la obligación.

* En primerísimo lugar, la obligación para realizar el valor Justicia –y los valores que vienen con ella incardinados–, para realizar lo valioso. En tal sentido, se ha definido a la obligación así: *“es un equivalente o múltiplo de una unidad ideal de justicia entre los términos activo y pasivo de una relación jurídica, cumplida mediante la necesidad a que éste se ve socialmente constreñido para una prestación económica compensatoria a favor de aquél”*¹²⁹.

De ahí la enérgica reacción del orden jurídico ante su “no” pago (incumplimiento) o bien frente a la “no” aceptación de la oferta de pago. Sin embargo, como la conducta es siempre valiosa (positiva o negativamente)¹³⁰, la obligación puede ser el instrumento de la injusticia¹³¹. En otros términos, la obligación puede realizar, también, la injusticia, puede ser el instrumento de opresión para degradar y esclavizar –admítase la metáfora– a la persona.

Los debilitados deudores españoles, que padecen las injustas ejecuciones hipotecarias que describe la nota periodística parcialmente transcrita (*supra* b), resultan un lamentable y paradigmático ejemplo que exhibe a la obligación como un instrumento al servicio de la injusticia. Nuestro país, que atravesó también el infierno de la crisis

¹²⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pp. 1/2 y *pássim*.

¹²⁹ DE GÁSPERI, Luis, en DE GÁSPERI-MORELLO A.M., *Tratado de Derecho Civil II, Obligaciones en general*, Buenos Aires, tea, 1964, p. 34.

¹³⁰ VILANOVA, José M., *El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 26.

¹³¹ Como se lee en el Editorial parcialmente transcrito *supra* a.

(2001–2002), trató de una manera justa al temible fantasma de la pérdida de la vivienda única y familiar. Se dictaron, en efecto, a partir del año 2003¹³², numerosas leyes para proteger a los deudores afectados por la crisis y se suspendieron, por lo tanto, las ejecuciones hipotecarias de sus viviendas únicas¹³³.

Las distintas respuestas políticas que muestra el párrafo anterior, frente a la dramática crisis que afectó de un modo similar a los deudores españoles y a los argentinos, devela una verdad ocultada –advertida o inadvertidamente–, esto es el carácter no neutral del Derecho de las Obligaciones. Muestra, en otros términos, que el derecho exhibe, por un lado, un decidido pero siempre discreto u oculto servicio a los sectores más poderosos de la sociedad (lo que ocurre hoy en España); y, por otro lado, que el derecho no es como se pretende independiente de la política: el derecho es política¹³⁴.

El discurso del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti¹³⁵, pone de relieve, en unos de sus párrafos, las antagónicas respuestas (España vs. Argentina) reseñadas.

Dijo, en efecto: “...*En el mundo actual hay personas que pierden todos sus ahorros y familias desalojadas de sus viviendas por no poder pagar las hipotecas, pero nosotros optamos por proteger a los ahorristas y evitar los desalojos. Fue cuando debimos resolver la compleja situación derivada de la profunda crisis económica del año 2002, con más de doscientas mil causas. Hemos protegido el derecho de los ahorristas diciendo que su propiedad es intangible, debiendo restituirse el ciento por ciento de sus ahorros*¹³⁶; *en materia de hipotecas, resolvimos proteger el crédito, pero también defendimos la vivienda*¹³⁷, evitando

¹³² El país fue gobernado desde tal fecha hasta el año 2015 por el kirchnerismo: corriente política profundamente crítica de las políticas neoliberales en general y, en particular, de las implementadas por el menemismo.

¹³³ Ley 25.737 (B.O., 3-6-03) y sus sucesivas prórrogas.

¹³⁴ GARGARELLA, R., *Presentación Volver a Duncan Kennedy en KENNEDY, Duncan LA ENSEÑANZA DEL DERECHO como forma de acción política*, Buenos Aires, siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2012, p. 9 y *pássim*.

¹³⁵ Pronunciado, el día 26 de febrero de 2013, en el acto de inauguración del año judicial y del ciento cincuenta aniversario de la Corte Suprema. La Ley-Actualidad, jueves 28 de febrero de 2013, p.1.

¹³⁶ *Fallos*, 329:5913 (“Maza”, sent. del 27-12-2006)

¹³⁷ *Fallos*, 330:855 (“Rinaldi”, sent. del 15-3-2007)

desalojos. Creemos que las soluciones que se dieron en Argentina, coincidiendo los tres poderes del Estado, han demostrado ser las más adecuadas para mantener la paz social”.

En síntesis, no se puede ignorar, desde esta pragmática perspectiva, que la obligación tiene aptitudes –realizar la Justicia– e ineptitudes –reproducir la injusticia¹³⁸– o, con otras palabras, modos de ser “propios” e “impropios”; y las facultades–deberes que de ella emanan¹³⁹ están, por así decirlo, latentes en aquéllas. De ahí que el Derecho de las Obligaciones debe velar, sin claudicar, porque la obligación sea un instrumento que esté siempre vuelto hacia la Justicia. La obligación debe encontrar su razón de ser en el valor Justicia.

* En segundo lugar, en tanto la obligación remite al crédito, para satisfacer el interés lícito del acreedor (conf. art. 724 del C.C.C.N.) que puede ser patrimonial o extrapatrimonial (conf. art. 725 del C.C.C.N.).

Los intereses de los acreedores pueden ser, parafraseando a Borges, un repertorio de futuros posibles¹⁴⁰. Dice, en tal sentido, Giorgianni (cuando escribe acerca del interés del acreedor) que *“el legislador –italiano– no protege, en efecto, sólo intereses patrimoniales, sino además intereses de otra naturaleza, dada la infinita variedad de las necesidades del hombre, lo que no olvida que la obligación, más que cualquier otra institución jurídica, es expresión de la vida en sociedad del hombre, que se puede considerar nacida precisamente para satisfacer estas necesidades y por la imposibilidad de satisfacer la mayor parte de éstas en la vida aislada”*¹⁴¹.

* En tercer lugar, desde que la obligación remite también a la deuda, para que el deudor cumpla y se libere del peso de su deuda, de las consecuencias desagradables derivadas del no pago (incumplimiento).

En resumen, como la obligación no se agota en su propia vida¹⁴², la articulación de su teoría debe contemplar –resulta insoslayable– que cumpla su finalidad –satisfacer el interés del acreedor, liberar al deudor–

¹³⁸ No se puede dejar de pensar en los debilitados deudores españoles.

¹³⁹ Que pondrán en juego, claro está, el acreedor o el deudor.

¹⁴⁰ BORGES, Jorge Luis, en *El Aleph*, cuento *El Zahir*, 51ª reimpresión, Buenos Aires, Emecé, 1993, p. 169.

¹⁴¹ GIORGIANNI, M., *La obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 63/64.

¹⁴² La metáfora puede verse en COMPAGNUCCI DE CASO R.H., ob. cit., p. 2.

de un modo justo. Debe, asimismo, resguardar el acceso a las necesidades, que este acceso sea justo, que el fuerte no imponga su insensible voluntad, que la indemnización (obligación de reparar) resulte el fruto de la justicia y no del capricho, del abuso. La obligación, en fin, debe ser un delicado instrumento para realizar el valor Justicia.

IV. Teoría general de la obligación

a. Una nota ineludible del derogado Código

*"Todos los Códigos de Europa y de América, imitando al Cód. Francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripción: 'De los contratos o de las obligaciones convencionales', equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una **inmensa confusión** en la jurisprudencia, y **produce errores que no pueden corregirse**. Zacharie, al llegar a esta parte del Cód. Francés, dice así: 'Nada hay más vicioso que el método seguido por los redactores del Código'".*

*"Hay cinco fuentes de las obligaciones: 1ª, los contratos o convenciones; 2ª, los cuasi-contratos; 3ª, los delitos; 4ª, los cuasi-delitos, y 5ª, la ley. Era evidente que para proceder con orden, debieron abrazar en un solo título todas las obligaciones en general; pero los redactores del Código, al contrario, han comenzado por dividir la materia de las obligaciones en general, en dos títulos: el uno de las obligaciones convencionales, y el otro de las obligaciones que se forman sin convención; y como para disimular la unidad natural de la materia que sometían a esta división ilógica, han afectado reservar el nombre de obligación para las que resultan de los contratos, dando a las otras el nombre de **engagement**, como si no fuesen palabras sinónimas".*

*"Este **primer vicio** que causa una mezcla de las ideas más incoherentes, **nace de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento a la obligación y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato**. Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas, y que, al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que sólo son una de las fuentes de las obligaciones"¹⁴³.*

¹⁴³ Nota a la parte primera: "De las obligaciones en general", sección primera del Libro II del Código Civil.

b. La perplejidad de un joven abogado

La ciudad de La Plata la llevo en mí; luego de cinco años de alegrías, dolores, privaciones. Sus diagonales, sus jacarandaes, sus tilos, sus bellezas naturales y culturales. He decidido, por varias razones, radicarme en ella y hoy es, al menos para mí, un día importante: mi primera entrevista laboral.

Llego, a las 10,00hs. en punto, al Estudio Jurídico ubicado en la calle 48 a una cuadra de los tribunales civiles; toco el timbre, me abren y subo al piso séptimo. El abogado que me recibe –experto en sucesiones, desalojos, apremios y administrador de (sus) propiedades (así se presentó)–, me interroga sobre trivialidades, si me gusta el fútbol, de qué cuadro soy hinchas, me hace algunos comentarios sobre mi amigo –a través de quien conseguí la entrevista–; y, por último, me dice que está cansado de la profesión, que necesita a alguien.

Me preguntó si estaba interesado, luego de decirme que no podrá pagar más que... y que la profesión está cada día más complicada. Le dije que sí y acordamos en comenzar al día siguiente. Me muestra su biblioteca: Salvat–Galli, De Gásperi–Morello, Spota. Me pregunta ¿te interesa la responsabilidad civil? Rechacé numerosos asuntos porque no quiero –me aclara– complicarme. Le digo que, precisamente, fue una de las materias que más me gustó. ¿Responsabilidad civil? me pregunta. No, no, obligaciones –le contesto–.

Nunca pude comprender, me confiesa, la diferencia que existe entre la obligación y la responsabilidad, la relación entre la obligación y la responsabilidad contractual y extracontractual. Ya no recuerdo, francamente, lo que dice el Código Civil al respecto. Es mi día de suerte –pensé–, justamente en mi seminario analicé, relacioné, la teoría general de la obligación con la teoría general de la responsabilidad civil (delitos y cuasidelitos). Si me facilita el Código Civil, quisiera mostrarle, rápidamente, cómo lo resolvió el codificador. Será en otra oportunidad, me corta abruptamente. No tengo un Código Civil, en realidad, tengo el Código Civil anotado de Acdeel Salas, pero me falta el tomo I¹⁴⁴. Bueno –me despidió– será hasta mañana entonces.

¹⁴⁴ En dicho tomo, arts. 1 a 1492, luce el comentario a los artículos en donde se encuentra desplegada la teoría general de la obligación.

c. La teoría general de la obligación en el nuevo Código Civil y Comercial

c.1 El nuevo Código, al igual que el Código Civil originario, exhibe, en su libro tercero ("*derechos personales*") título I ("*(o)bligaciones en general*"), una teoría general de la obligación. A todas las obligaciones se les aplica, por lo tanto, el régimen general, común, que han diseñado los redactores del flamante Código. En consecuencia, algunas obligaciones nacerán de un delito, otras de un cuasidelito¹⁴⁵, otras del enriquecimiento sin causa o de la declaración unilateral de la voluntad o de la ley, muchas de los contratos, pero todas ellas, sin excepción, están reguladas por estas normas generales.

Este régimen general, que regula y disciplina a todas las obligaciones sin distinción¹⁴⁶ –“cualquiera sea su fuente” (art. 730, C.C.C.N.) –. es el conjunto de las normas básicas que rigen a las obligaciones, vale decir, el plexo normativo que se ocupa de sus fuentes, sus efectos, vicisitudes, clasificaciones y extinción.

En suma, el nuevo Código presenta, al mismo compás del Código de Vélez, normas básicas destinadas a organizar el nacimiento, la vida y el fin de todas las obligaciones; y esta generalización, a diferencia del Código Civil Francés, luce de un modo claramente independiente de sus fuentes.

c.2 No está de más recordar que Dalmacio Vélez Sarsfield se había apartado, en la elaboración del método del derogado Código, del Código Civil francés. El método superador diseñado por el codificador –seguido por el nuevo Código– ha regulado, por primera vez en la legislación universal, a la teoría general de las obligaciones de un modo independiente de sus distintas fuentes, camino que en este siglo –s.XX– ha sido seguido por los más modernos códigos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ A los delitos y cuasidelitos se los incluye, en el nuevo Código, en la expresión “violación del deber de no dañar” (conf. art. 1716 y concs. C.C.C.N.). No obstante ello, en algunos artículos persiste la correcta denominación “acto ilícito” (conf. art. 261 inc. b), C.C.C.N.) o “hechos ilícitos” (v.gr., art. 1733, inc. f), C.C.C.N.).

¹⁴⁶ BARBERO, Ariel, *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 20.

¹⁴⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, Buenos Aires, Zavalia, 2004, p. 56.

Interesa aclarar que el Código Civil de Chile del año 1855, que también se apartó del método del Cód. Civil francés, no reguló en forma enteramente independiente a la obligación. Ello así, desde que le dedicó íntegramente el libro IV a “*las obligaciones en general y los contratos, en 42 títulos que tratan sucesivamente de las obligaciones en general (civiles y naturales, condición, plazo, modos de extinción y prueba de las obligaciones); de las capitulaciones matrimoniales y la sociedad conyugal; de los diversos contratos en particular; de los cuasicontratos (...); de los delitos y cuasidelitos; de la fianza, prenda, hipoteca, anticresis, transacción, prelación de créditos y prescripción*”¹⁴⁸.

Se ha destacado el gran mérito de Vélez Sársfield al elaborar esta teoría general de la obligación superando el precedente del Código Francés¹⁴⁹. Resulta, por lo tanto, imprescindible recordar las ideas que han fecundado, apuntalado, el elogiado acierto del codificador. Es que tales ideas, a la luz del método del nuevo Código, no han perdido actualidad.

Su innovador pensar lo explicitó en tres significativas notas¹⁵⁰, cuyo propósito esencial consistió en destacar la radical diferencia que existe entre el contrato –fuente, causa– y la obligación –efecto–. Es que los contratos –causa– resultan una de las fuentes de las obligaciones –efecto– y éstas, a su vez, provienen de “diversos orígenes” –causas–: las fuentes clásicas¹⁵¹ y las denominadas modernas¹⁵².

Esta clarísima distinción¹⁵³, esta abismal separación entre causa y efecto, se deberá tener siempre presente para evitar caer en las confusiones, que provocarían los “*errores que no pueden corregirse*”, que denuncia el codificador en las notas aludidas.

¹⁴⁸ REZZÓNICO Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1961, vol. I, p. 6.

¹⁴⁹ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 5ª edición actualizada por Patricio RAFFO VENEGAS, Buenos Aires, Perrot, to. I, p. 73, nota 1.

¹⁵⁰ (i) La nota parcialmente transcrita *supra* a la Parte Primera “*De las obligaciones en general*”, Sec. I, L.II ; (ii) la nota al art. 499 del C.C.; y (iii) la nota al 505 del C.C..

¹⁵¹ Contrato, cuasi-contrato, delito, cuasi-delito y la ley.

¹⁵² Enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, las fuentes que antes se incluían vagamente dentro del cuasi-contrato, a saber: empleo útil, pago de lo indebido, gestión de negocios, etc.

¹⁵³ He presentado, en forma insistente, esta ostensible distinción.

c.3 En síntesis, el nuevo Código, al igual que el originario, exhibe una teoría general de la obligación claramente separada de sus fuentes. El contrato es solamente una de las diversas causas–fuente de la obligación y, a su vez, uno de los efectos del contrato consiste, precisamente, en “crear obligaciones”. Los efectos, consecuencias, de la obligación se resumen en dos palabras: cumplimiento e incumplimiento¹⁵⁴ o, lo que es igual, pago y falta de pago¹⁵⁵. No es posible confundir, por lo tanto, las causas y efectos del contrato con las causas y efectos de la obligación.

Es que el contrato es causa de la obligación, es decir uno de sus efectos es la obligación; ésta, va de suyo, es efecto y una de sus causas es, precisamente, el contrato. El contrato tiene, por lo demás, otros efectos –por ejemplo: modificar, transferir, extinguir a la obligación¹⁵⁶–; la obligación, a su vez, tiene otras causas –por ejemplo: violación del deber de no dañar a otro (hechos ilícitos), gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, etc. –.

El contrato es –admitase la reiteración– una de las causas de la obligación. La obligación es uno de los efectos del contrato. Y los efectos de este efecto (obligación) resultan, pues, el pago, la falta de pago (la mal llamada responsabilidad contractual) o la no ejecución de la obligación (mora del acreedor)¹⁵⁷.

V. Conclusiones

Este breve recorrido permite presentar, en prieta síntesis, las siguientes conclusiones:

- (i) El derecho de las obligaciones se integra con dos regiones distintas: la teoría general de la obligación, por un lado; y los

¹⁵⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, ob. cit., to. II, p. 470. Tal aserto es sesgado pues pasa por alto la posibilidad de que el acreedor rehúse el pago o no colabore. Este “no”, que impide la extinción de la obligación, también resulta un efecto de ésta.

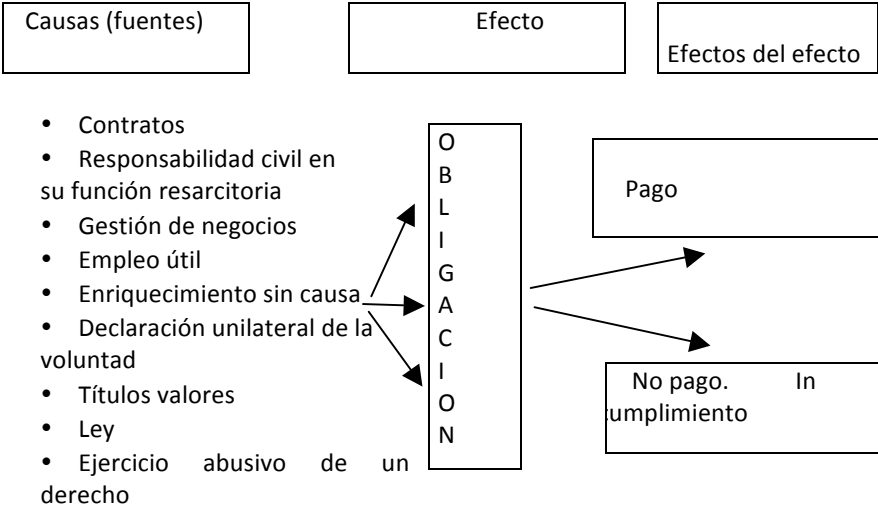
¹⁵⁵ Y sus distintas manifestaciones, a saber: pago defectuoso, tardío o, sencillamente, ausencia de éste.

¹⁵⁶ En el art. 957 del nuevo Código se lee: “**Definición.** Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”

¹⁵⁷ Ver gráfico *supra* cap II, pto. 2.

- hechos ilícitos (ahora: responsabilidad civil¹⁵⁸), una de sus principales fuentes, por el otro.
- (ii) Esta materia se articula, determina, a partir del axioma ontológico *“todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido”*.
 - (iii) Prohibido–permitido, “sí”–“no”, deber específico/calificado–facultad–poder–deber de tolerar, resultan vocablos esenciales para aproximarnos al ser de la obligación.
 - (iv) El Derecho de las obligaciones no puede permanecer impasible frente al hecho natural de la desigualdad y debe, por lo tanto, enarbolar con pasión la bandera cultural de la aspiración a la igualdad. Jamás debe olvidar, asimismo, que la verdadera Justicia consiste en dar más a los que están más bajo, para igualar el punto de partida en el presente vital.
 - (v) La obligación puede, por su carácter instrumental, realizar la Justicia o bien la injusticia, de ahí que es imperioso no claudicar para que exprese el supremo valor de la Justicia.
 - (vi) El nuevo Código, al igual que el originario, despliega una teoría general de la obligación, claramente independiente de sus fuentes, que contiene el conjunto de las normas básicas que rigen a todas las obligaciones y que se ocupa de sus orígenes, sus efectos, vicisitudes, clasificaciones y extinción.
 - (vii) El contrato es una de las causas (fuente) de la obligación y ésta, efecto de aquél; y, también, de las otras fuentes (hechos ilícitos –responsabilidad civil–, ley, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, títulos valores). La obligación tiene, a su vez, sus propios efectos, a saber: (a) pago; (b) no pago –incumplimiento–; y (c) no ejecución de la obligación. El cuadro siguiente muestra lo expuesto:

¹⁵⁸ Que unifica, como se desprende del art. 1716 del C.C.C.N., a la violación del deber de no dañar a otro y al incumplimiento de la obligación.



2. La obligación

I. Introducción: otra versión de la *pratognosis*

a. Regreso a mi departamento luego de experimentar el fracaso de la desaprobación. No puedo dejar de pensar en la injusticia de mi primer –y espero último– aplazo. Definí a la obligación de acuerdo a uno de los autores más respetados, expliqué, en forma convincente, al vínculo jurídico y a algunas de sus teorías; y, sin embargo, porque no pude dar cuenta de la teoría del “yuit” y “jaftun” –o algo así–, el joven profesor me desaprobó.

Me dijo que tal teoría (subrayó con agrado su origen extranjero) describe con precisión –rigor– lo que “es” la obligación. Le contesté que ya le había dicho lo que “es” la obligación. Insistió, con enérgica autoridad, para que le explique la teoría que habla de los dos tramos –“yuit, “jaftun” – que integran armónicamente, como lo enseña el nuevo Código –dijo–, la vida de la obligación.

Esboqué, sin premeditada vacilación, algunas borrosas palabras (entre ellas que el Código Civil y Comercial no está aún vigente) que lo dejaron menos insatisfecho que enojado. Frente al silencio que anunciaba el previsible desenlace, argumenté acerca de la insignificancia –utilicé palabras menos soberbias: “no tan importante, un tema menor que se desprende de su definición”– de su pregunta; y me despidió, en tales tensas circunstancias, con un frío, autoritario e insensible “*lo esperamos el mes próximo*”¹⁵⁹.

b. No puedo dejar de pensar en la ostensible inutilidad de algunas teorías, en su divorcio de la praxis, en su desafiante cachetazo a la cotidiana existencia de todos los estudiantes. Busco, busco y no encuentro el “yuit” y el “jaftun” en mi cotidiana vida. Me llama mi novia, apasionada estudiante de letras, y le comento, con excesivos detalles, lo sucedido; después de una escucha silenciosa, me sugiere que lea “El soborno” de Borges¹⁶⁰: “*prestá atención –me dice– a la sencilla descripción que hace del ‘inteligente’ Winthrop*”¹⁶¹.

¹⁵⁹ “...Siempre fue igual mi profesor siempre tuvo él la razón...” (GARCIA Charly en Sui Generis, *Vida* (Dime quién me lo robó).

¹⁶⁰ BORGES, Jorge Luis, *Obras completas, El libro de Arena* (1975), cuento “El soborno”, Buenos Aires, Emecé, 1989, pp. 57/61.

¹⁶¹ “Era inteligente –se lee–, pero propendía a tomar en serio las cosas, incluso los congresos y el universo, que bien puede ser una broma cósmica (...)” (*Ibidem*, p. 60)

Comprendí, después de la lectura sugerida, la enseñanza: no debo tomarme en serio. Sin embargo, la distancia que logré de la experiencia (mala) del examen me permite ver la ostensible injusticia de la que fui víctima. Mi amor por la Justicia, siento un innato desprecio por todas las injusticias, crece a pesar (o precisamente por) de que estoy aprendiendo el arte que profesan los injustos (lamentable oxímoron) que enseñan en la facultad de derecho.

Es que definí a la obligación (aún la puedo citar de memoria) como la *relación jurídica en virtud de la cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación a favor de otro llamado acreedor*¹⁶². Esto es, pues, la obligación, al menos para el destacado autor que cité; es decir, pude mostrar lo que es la obligación, mi saber sobre ella; y, asimismo, sobre las teorías (subjettiva y objetiva) que enuncié. ¿Por qué me desaprobó entonces?

c. Mientras pasan los grises días, reflexiono, estudio, frecuento el nuevo Código. Intento memorizar el *“concepto normativo de la obligación”* (art. 724); advierto la importancia que se le asigna a la *“estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligatoria”*¹⁶³; me pregunto si será está –conjeturo que sí– la teoría que enfatizó el profesor. El recuerdo del profesor dispara otra vez la insoportable sensación de la injusticia padecida; no lo puedo admitir ¿me desaprobó por no recordar una teoría y por ignorar lo que dice un Código que todavía¹⁶⁴ no está vigente?¹⁶⁵

Comparo la definición normativa que postula el nuevo Código con la de Llambías; éste pone el acento en el deudor, en su deber de satisfacer una prestación; el artículo 724, por el contrario, en el acreedor, en su interés, en su derecho de exigir una prestación. Advierto, además, en el concepto normativo, la presencia del *“incumplimiento”* como imprescindible llave para ingresar en la ejecución forzada ¿Será

¹⁶² LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., to. I, p. 8.

¹⁶³ Como se lee en los fundamentos del *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto (...)*, La Ley, 2012, p.507.

¹⁶⁴ El aplazo ocurrió en el mes de abril de 2015. El nuevo Código rige desde el mes de agosto de 2015.

¹⁶⁵ Suena en mí, y trae algo de alivio, la canción *Cucarachón de Tribunal*, de *Los abuelos de la nada* en *El Album*, 1991.

este el tramo, llamado “responsabilidad”, que se abre con el incumplimiento?

Me parece, a la luz de la comparación anterior, que la definición de Llambías es incompleta pues no incluye al segundo tramo; se queda, pues, en el tramo del deber. El joven profesor debió, a mi entender, guiarme para mostrarme esto; debió recordarme (¿lo tendría presente cuando me evaluaba?) que Llambías no ignoraba la teoría acerca de la obligación como vínculo jurídico complejo¹⁶⁶; debió, también, hacerme pensar en la razón de la significativa diferencia que existe entre las definiciones aludidas. La letra reducida que emplea Llambías para explicar la teoría de origen alemán me extravió nuevamente en los laberintos de la injusticia padecida.

d. Ahora pienso: (i) en la definición de la obligación que se despliega en el nuevo Código; (ii) en sus dos tramos –“el débito” y “la responsabilidad”– que la integran armónicamente; y (iii) en el incumplimiento como hecho determinante del ingreso en el segundo.

La palabra “incumplimiento” me hunde en el mar de la vacilación en tanto había leído que es un hecho ilícito que origina el deber de reparar el daño causado¹⁶⁷. El incumplimiento ¿está en la vida de la obligación o, contrariamente, origina una nueva? La voz “responsabilidad”, nombre asignado al segundo tramo, me ahoga en la incomprensión pues ¿resulta un tramo de la obligación o, por el contrario, es fuente de la obligación?

Intento salir de la confusión, intento nadar hacia la comprensión, intento ¿Qué es el incumplimiento? Es el no pago. ¿Qué es la responsabilidad civil? No lo sé. ¿Son los hechos ilícitos? ¿Si el deudor no paga es responsable? ¿Es correcto hablar de responsabilidad cuando el deudor no paga? ¿En tal caso, nace una nueva obligación o es la misma que transita su segundo tramo?

Las preguntas no me dejan salir de la confusión. Me detengo nuevamente en la definición normativa de la obligación. Comprendo claramente el primer tramo, el denominado del “débito”; sin embargo, el segundo tramo, de la “responsabilidad”, me parece incompleto,

¹⁶⁶ LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., to. I, p. 15 y ss..

¹⁶⁷ WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990, to. I, p.

insuficiente. No incluye, según creo, lo que ocurre en la vida de la obligación cuando el acreedor se rehúsa a recibir el pago pues, en tal caso, la obligación sigue en pie a la espera de su análisis y valoración.

e. No lo puedo creer: si mi parecer es correcto fui aplazado por no saber una teoría que no sabe lo que es, en rigor, la obligación; o, expresado con menos bronca, que explica en forma insuficiente lo que “es” la obligación. Suena en mí “la marcha de la bronca”¹⁶⁸ –que escuchábamos con mi padre– hasta que vuelven las caricias de la suave voz de mi novia Catalina. Es evidente que necesito su comarca, sus sabios argumentos, su rutina.

Retomo, con cierto fastidio, el tema ¿será así: la obligación tiene otro tramo que ha sido ignorado por la teoría extranjera? Procuró comprender y reflexiono: el deudor puede pagar o no pagar; “sí” lo hace se extingue la obligación, satisface el interés del acreedor y se libera. Si, por el contrario, “no” lo hace, se ingresa en el segundo tramo y en éste, “no” pago (incumplimiento) mediante, el acreedor puede ejecutarlo “forzadamente” para satisfacer su interés.

El acreedor, por su lado, puede aceptar o no aceptar el pago. “Si” lo hace, la obligación se extingue, libera a su deudor y queda, entonces, satisfecho. Ahora bien, si decide “no” recibir el pago ¿qué ocurre con la obligación? ¿Qué puede hacer el deudor para liberarse? Este tramo imprescindible, en el que ingresa la obligación a través del “no” del acreedor, lo ignora olímpicamente la teoría de origen extranjero.

f. Concluyo, al menos por hoy, mi estudio, mis reflexiones, ha llegado Catalina.

II. Las regiones (normal/anormal) que estructuran el ser de la obligación

1. La región normal de la obligación: el tramo de la deuda o del débito. El anticipo de la región anormal, conflictiva, artificial

a. El axioma ontológico (*todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido*) juega, en el ámbito de este saber disciplinar, a partir de la *específica prohibición* que resulta, en esencia, la obligación.

¹⁶⁸ CANTILO, Miguel, su autor. Canción interpretada por el dúo *Pedro y Pablo* (Miguel CANTILO y Jorge DURIETZ) a partir de la década del 70.

La existencia de la relación obligatoria, de esta específica prohibición, impone naturalmente el *prius* lógico de su cumplimiento, del pago: el deudor debe cumplir, debe pagar; la obligación le prohíbe, le impide, no cumplir. De ahí que la mayoría de las obligaciones se cumplen espontáneamente por los auténticos y disciplinados deudores

En otros términos, la obligación nació, existe, su origen (contrato, “responsabilidad civil”¹⁶⁹, ley, enriquecimiento sin causa; etc.) ahora no interesa. Importa, pues, estar frente a ella, ante su inmanente existencia; y ésta, como es sabido, llama a su realización en tanto esta vuelta hacia su fin (pago), hacia el cumplimiento que es su “muerte”. La obligación muere, se escribe, de muerte natural; se paga espontáneamente y, de tal modo, se cierra su ciclo normal, natural, vital (este es el modo eficiente, auténtico, de ser-obligación).

En tales circunstancias, la obligación cierra su ciclo existencial con la esperada y previsible muerte (pago). La obligación se extingue en el primer tramo (región) de su existir, esto es: en el estado, situación, de deuda. La otra región, la anormal, artificial, patológica (que está en “potencia”; en un estado de “posibilidad”; como uno de sus posibles), se desvanece en la radical imposibilidad de existir (actualizarse) frente a la impotencia que le causó la muerte (pago) de la obligación.

b. La palabra deudor remite, en el lenguaje natural y técnico, al que tiene deudas, al que debe, al que está endeudado. La situación del deudor, en tal sentido, evidencia que es culpable, precisamente, porque tiene deudas, porque debe. La culpa o, mejor precisado, la conciencia o sentimiento de culpa del auténtico (disciplinado) deudor porta una interesante proyección que no se ha ahondado lo suficiente en el ámbito de la falta de pago (incumplimiento) de la obligación.

El deudor, para salir de su situación de ob-ligado (endeudado), tiene que pagar, que cumplir; y al hacerlo –claro está–: deja de tener deuda–s (se libera), satisface al acreedor y extingue la obligación (conf. art. 880, C.C.C.N.). En otros términos, el deudor para salir de su estado

¹⁶⁹ La utilización de este sintagma –como lo hace el nuevo Código– provoca malentendidos, cierta oscuridad, confusión. Una imprecisión, de tono no menor: la responsabilidad aparece como causa de la obligación (conf. arts. 1716 y ss., C.C.C.N.) y, asimismo, como uno de sus tramos al que se ingresa a través del fenómeno del no pago-incumplimiento (conf. arts. 724, 730, 743, 777, 955 y concs. C.C.C.N.).

de “deuda”, que es un estado de “culpa” (de conciencia de culpa), debe pagar la obligación; y si no lo hace, deviene responsable porque por “*su culpa propia ha dejado de cumplirla*” (conf. art. 511 del Cód. Civil; art. 724 y concs. del C.C.C.N.).

La “falta” de pago muestra *a priori* la culpa del deudor ¿Por qué? Sencillamente porque el deudor es culpable por serlo o, mejor dicho, el ser del deudor es su culpa (conciencia de), noción que está en potencia y que se actualiza –o no– según el deudor no pague o pague. El “no” pago muestra una deficiencia, es decir el faltar del no estar ahí de lo debido, de lo adeudado por el ahora culpable, precisamente por su falta, deudor. El “no” pago introduce, asimismo, el conflicto en la vida de la obligación (este es el modo deficiente e inauténtico de ser–estar de la obligación).

Lo anterior es así porque el deudor ha negado, a través de su falta, a la obligación o, lo que es similar, ha alterado, al perseverar indebidamente en su ser–deudor, el ciclo vital natural de la obligación. Dicho ciclo culmina, como se señalara, con su esperado y previsible fin (muerte–pago).

En efecto, si el deudor paga, su conciencia de culpa¹⁷⁰, la voz que lo reprende, amonesta, y le dice: “cumplí”, “no puedes no pagar”, “debes respetar la confianza–fe de tu acreedor en vos”, se apaga conjuntamente, al mismo tiempo, con la satisfacción del interés del acreedor y la extinción de la obligación. La obligación se extingue, en tales condiciones, de un modo eficiente, auténtico o, dicho de otro modo, no cae en el modo deficiente. La obligación escribe, del mejor modo, su inexorable “fin”.

Ahora bien, si el deudor no paga, si no cumple, “cae” culpablemente en la conflictiva región de la responsabilidad o garantía y, en tal caída, se convierte en “responsable” pues debe “responder” con sus bienes presentes y futuros de las consecuencias derivadas de esta “falta” –de pago– (conf. arts. 743, 242 del nuevo Código).

c. La situación del acreedor, en este tramo, está envuelta en cierta pasividad porque luce expectante frente al previsible cumplimiento de su deudor. Su expectativa, su espera, resulta, ciertamente, comprensible porque la experiencia de la vida le enseña que la obligación se cumple

¹⁷⁰ O conciencia moral; o voz de la conciencia; o presencia ignorada de Dios; o presión del ordenamiento jurídico; o (...).

naturalmente. Asimismo, el acreedor, en tanto tiene el crédito (Etim. credere, “creer”)¹⁷¹ y el derecho, claro está, de exigir el pago (conf. art. 724 del C.C.C.N.), confía, cree, tiene fe en el cumplimiento de su deudor¹⁷².

El acreedor no ignora, antes bien sabe¹⁷³, que la voz de la conciencia, llama, interpela, intima al deudor a hacerse cargo de su deuda; lo llama, desde el fondo de la reprensión y la amonestación, hacia el cumplimiento, hacia el pago, hacia el obrar que deje al deudor libre de toda culpa. Esta misma voz censura el obrar del deudor que resulta, al no pagar, culpable por caer en el “no”, por seguir, por ende, endeudado.

En suma, existe, a la luz de lo expuesto, una prioridad lógica–ontológica para considerar al deudor como el protagonista principal del primer tramo de la relación de obligación. Es que la situación del deudor lo intima a pagar y deja, pues, en sus manos las llaves de la resolución del “sí”. El acreedor, sencilla y pasivamente, está en la disposición de espera, de expectativa pues confía en que ello ocurrirá o, lo que es lo mismo, que en el horizonte de la obligación no se dibujará el irresoluto “no”.

d. El acreedor puede también encumbrarse, en esta fase, hasta un protagonismo inesperado, anormal. Ello acontece, en efecto, si se niega a recibir el pago, si rehúsa colaborar o, en resumen, al impedir e imposibilitar que la obligación muera de muerte natural. En tal caso, el acreedor es, a través de su negatividad, el actor principal que obsta al cierre del ciclo natural, espontáneo de la obligación.

Dicho de otro modo, quien tiene una obligación tiene necesariamente el derecho de cumplirla¹⁷⁴, es decir: el deudor al ejercitar su derecho de pagar (conf. art. 879, C.C.C.N.) su propia obligación, su libertad metafísica de hacerlo es libertad como derecho,

¹⁷¹ SUPLOT, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 1ª ed., Buenos Aires, siglo veintiuno editores, 2007, p. 19.

¹⁷² Es interesante el lazo que une etimológicamente a la palabra “creer” (del lat. credere), creencia, creíble, creyente, dar fe con el vocablo “acreedor”. Puede verse, en tal sentido, COROMINES Joan, *Breve diccionario etimológico*, 1ª ed., Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, España: Gredos, 2009, voz “creer”, p. 156.

¹⁷³ Pues a él también lo llama la voz de su conciencia y lo interpela e intima a no rehusar el pago.

¹⁷⁴ COSSIO, Carlos, ob. cit. en nota 48, p. 97 y ss.

aunque no es facultad jurídica de señorío¹⁷⁵. De ahí que, frente al despliegue de la aludida libertad para pagar, le está prohibido, impedido, al acreedor rehusar el pago. Es posible, en tales circunstancias, que el acreedor dibuje, en el horizonte de la obligación, el inesperado “no” que impedirá la clausura de esta primera fase o, lo que es igual, que obste al cierre del ciclo natural de la obligación.

¿Qué hay detrás de esta falta, de esta negatividad, del acreedor? ¿La obligación cae, también, en su segundo tramo? ¿O, por el contrario, se abre una etapa distinta que no ha sido considerada por la teoría que piensa, y describe, a la obligación como integrada por dos tramos – débito y responsabilidad–?

e. La falta del acreedor, al no aceptar el pago, provoca, por un lado, la caída de la obligación en su etapa anormal, conflictiva, patológica; y abre, por otro lado, un tramo distinto al de la ejecución forzada o, con las palabras de la conocida teoría, de la responsabilidad o garantía.

En efecto, en esta etapa (otro modo de ser–obligación deficiente) el deudor debe desplegar, al poner en juego su libertad de pagar, una actividad adicional, intervención del Poder Judicial mediante, para escribir el punto final en la vida de la “caída” –en el conflicto– obligación.

Esta conflictiva etapa está atravesada, por lo tanto, por la necesidad de un protagonismo excluyente del deudor (quien, para liberarse, debe actuar –presentar una demanda judicial–) y, asimismo, por una acentuada pasividad del acreedor en tanto debe tolerar, después de proferir su injusto e ilegítimo “no”, cuanto menos la liberación coactiva del disciplinado y auténtico deudor.

f. En prieta síntesis, la obligación (“ser para la muerte”) marcha irremisiblemente hacia su fin, éste puede ser normal, natural (pago); o, por el contrario, anormal, patológico, conflictivo (ejecuciones y liberación forzadas–coactivas). Desde el punto de vista existencial, la obligación exhibe, a la luz de lo expuesto, dos modos de ser–estar: (i) eficiente, auténtico (ciclo armónico–normal); y (ii) deficiente, inauténtico (ciclo inarmónico–anormal).

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 101

2. La caída de la obligación en su región conflictiva, anormal, artificial; y su esencial desdoblamiento

a. Es importante recordar que la obligación le impone al deudor el deber de pagar pero también, en tanto el deber es ontológicamente inseparable de la facultad (Cossio), le otorga el derecho a liberarse, de manera que los protagonistas principales de la obligación¹⁷⁶, el deudor y el acreedor, poseen las prohibidas llaves para impedir la extinción natural, espontánea de la obligación.

En otros términos, la existencia de la obligación, su inmanente presencia, impone dos caminos posibles cuyos hilos conductores son diversos, antagónicos; a saber:

(i) uno es el camino más corto y más transitado de la normalidad, del ciclo armónico–natural que se cierra con el pago y cuyo hilo explicativo es el “sí” de lo esperado, previsible, lo que suele suceder, acontecer (sabido es que la mayoría de las obligaciones se cumplen normal y espontáneamente¹⁷⁷);

(ii) el otro es el sendero más largo y menos recorrido de la anormalidad¹⁷⁸, del conflicto, cuyo hilo conductor es el “no”, la negatividad, que puede provenir del deudor (al “no” pagar) o del acreedor (al “no” aceptar el pago).

El pasaje, la caída, hacia la etapa anormal puede ocurrir, conviene insistir, por el acontecimiento del “no”, de la negatividad, que actualizará, en consecuencia, uno de los “posibles” de la obligación. De manera que la región conflictiva, anormal, patológica (el virus del “no” es introducido en el ciclo natural e impide, por ende, la normal muerte de la obligación), puede desplegarse, a su vez, en dos tramos radicalmente distintos:

¹⁷⁶ No se debe olvidar que los terceros están, interés mediante, legitimados para pagar y recibir pagos.

¹⁷⁷ WAYAR, Ernesto C., ob. cit., p. 214.

¹⁷⁸ En tiempos, admítase el juego de palabras, de normalidad porque en épocas de crisis – v.gr. pensar en el año 2001/02 en nuestro país y hoy en Europa– la “negatividad”, la falta de pago, se viste de normalidad. Hoy (año 2012) se vive en España la normalidad, es de lamentarlo por las trágicas consecuencias que padecen los desamparados deudores, de la anormalidad. Informes de prensa destacan que durante el año 2015 perdieron su vivienda, ejecuciones hipotecarias mediante, treinta y seis mil familias españolas.

(i) por un lado, cuando la “falta” la comete el deudor (no pagar), el tramo de la ejecución forzada directa o indirecta o, lo que es similar, de la responsabilidad o garantía; y

(ii) por otro lado, cuando el acreedor incurre en la “falta” (al rehusar el pago o no cooperar–colaborar), el tramo de la liberación coactiva y, frente al daño causado al deudor, el nacimiento de la obligación de resarcirlo. Este posible nacimiento pone en marcha un nuevo ciclo de la obligación que está al margen, de más está escribirlo, del ser de la primigenia obligación.

b. La idea de culpable, se ha dicho en otro contexto discursivo¹⁷⁹, lleva consigo el carácter de “no”. Este “no”, que pudo (debió) ser “sí” pero no lo fue porque el deudor no pagó¹⁸⁰; o, contrariamente, porque el acreedor rehusó el ofrecimiento de pago, introduce la negatividad en la obligación y provoca su “caída” en la anormalidad, en el conflicto. Se ingresa, como se ve, en esta región (modo de ser deficiente e inauténtico) a través del deudor o del acreedor.

Corresponde, precisamente por ello, diferenciar, en esta conflictiva región, dos etapas que están unidas superficialmente por el hilo de la “falta” que pueden cometer, aunque en forma excluyente, los sujetos de la obligación. Es decir: el deudor, al no desplegar la conducta debida, “impide”¹⁸¹ que la obligación naturalmente se extinga; y, asimismo, el acreedor, al no comportarse debidamente “impide”¹⁸², también, que naturalmente la obligación muera. Las excluyentes “faltas” –incurre en ella el deudor o bien el acreedor– obstarán, pues, al natural cierre de la primera región.

Ahora bien, a través de las excluyentes “faltas” –que presuponen la mora¹⁸³ y la culpa¹⁸⁴ – de los sujetos de la obligación, ésta “cae” de su

¹⁷⁹ HEIDEGGER, Martín, *Ser y Tiempo*, 1ª ed., Santiago de Chile, Universitaria, 1997, p. 302.

¹⁸⁰ Desoyó la voz de su conciencia; no tiene conciencia moral; se desintegró el tribunal kantiano o simplemente no quiso o no pudo pagar.

¹⁸¹ La impedibilidad funda la coacción; VILANOVA, José Manuel, *El concepto de fuentes jurídica*, en *El Derecho*, to. 137, p. 975

¹⁸² Otra vez la impedibilidad como origen de la coacción.

¹⁸³ Denominada, por un lado, incumplimiento material de la obligación (cuando el “no” lo pulsa el deudor); y, por otro, no realización de la obligación (cuando el “no” lo introduce el acreedor).

¹⁸⁴ Definida en el art. 512 del Cód. Civil con respecto al deudor. La definición de culpa se lee, en el nuevo Código, en el Título V “(o)tras fuentes de las obligaciones”-Capítulo 1

región natural, pacífica, a la región conflictiva, patológica. La obligación, admítase la metáfora, se enferma; y requiere, por lo tanto, el remedio (coacción) del ordenamiento jurídico, del derecho, para curarse y cumplir su inexorable devenir (nacimiento–vida–muerte).

La negatividad que inficiona a la obligación provoca un quiebre en sus conexiones remisionales, vale decir: (i) la obligación se vuelve, en principio, hacia la injusticia –de su vida enferma–; (ii) hacia la no satisfacción del acreedor; y (iii) hacia la no liberación del deudor. Este quiebre llama la atención, paradójicamente, acerca de la existencia de la primera región, de su vital y primordial importancia, en tanto el pago natural, espontáneo, es tan frecuente que obtura su pensar o, en otras palabras, aleja la necesidad de su tematización–teorización¹⁸⁵.

Nos percatamos, por lo tanto, de la importancia del “sí” del pago – y por eso teorizamos sobre él– a partir del fenómeno de la no realización del pago. El modo deficiente (inauténtico) de la obligación (su segundo tramo) llama la atención acerca de la vital importancia que tiene su modo eficiente (primer tramo). La anormalidad de la falta de pago hace visible la vital importancia, para la muerte de la obligación, que exhibe el fenómeno del pago¹⁸⁶.

En este modo deficiente de la obligación resulta muy distinta la enfermedad, la caída, si se analiza y valora el motivo, la “causa”, que la provoca. En un caso, es el deudor el que introduce, mediante su falta¹⁸⁷ (no pagar), la negatividad que enferma a la obligación y le impide

“(r)responsabilidad civil” -Sección 3* “(f)unción resarcitoria”, en su art. 1724, vale decir en una región completamente distinta de la que habitaba en el Código Civil derogado. Éste conceptualiza la culpa del “deudor” que presupone, va de suyo, la obligación ya nacida. Aquél, por el contrario, conceptualiza también la culpa del “autor” y supone la obligación no nacida o, lo que es igual, que eventualmente nacerá de la culpa incurrida. Ello se explica porque el nuevo Código ha unificado (así se explicita reiteradamente en los fundamentos del anteproyecto) las mal llamadas “responsabilidad contractual” y “extracontractual”.

¹⁸⁵ El camino del pensar la obligación se abrió paso a partir de la posibilidad de que acontezca el fenómeno de la negatividad. En otros términos, en la idea de vínculo, de estar obligado a pagar, late la potencia de la impotencia del no. Este “no” nos llama la atención y nos muestra, paradójicamente, la potencia del sí.

¹⁸⁶ En otros términos, es decir en su explicación sobre lo justo e injusto, puede verse, para comprender el sentido del párrafo, RICOEUR Paul, *Lo justo*, 2ª ed., Madrid, Caparrós Editores, 2003, p.23.

¹⁸⁷ Esta falta puede acontecer de modos diversos (no pago, pago defectuoso, tardío, etc.).

“cumplir” su ciclo; y, en el otro caso, es el acreedor que inculca, a través de su falta (rehusar el pago, no colaborar), el virus del “no”. La enfermedad de la obligación, el desarrollo de su proceso patológico resulta, en tales circunstancias, muy diferente; depende, de más está escribirlo, de quien incurra en la falta.

c. En suma, si el que falta, niega, a la obligación, al no pagarla, es el deudor, la obligación ingresa en la llamada segunda región –de la ejecución forzada y responsabilidad–; y si el que falta, niega, a la obligación, al rehusar el pago, es el acreedor, la obligación ingresa en su segunda región –de la liberación coactiva y eventual obligación del acreedor (nuevo deudor)– que resulta muy diferente de la anterior. He aquí, en apretado resumen, el esencial desdoblamiento que puede exhibir la región conflictiva, patológica, de la obligación.

2.1. La etapa de la ejecución forzada o, lo que es igual, de la responsabilidad del deudor

a. En esta región, la fe del acreedor, su confianza, su creencia en que el auténtico y disciplinado deudor le pagará, se desvanece en la negatividad que introduce la falta cometida, al no desplegar la conducta debida–esperada (prestación), por el deudor. En otros términos, la obligación que llama, en esencia, al “sí”, al pago que la extinga naturalmente, recibe, del inauténtico deudor, el inesperado golpe del “no”. La obligación cae, en consecuencia, en la segunda región.

¿Qué cambios produce, en la obligación, esta caída?

La pregunta anterior engendra, a su vez, otras preguntas: ¿qué ocurre con el objeto de la obligación? ¿Qué pasa con el acreedor? ¿El deudor sigue siéndolo? ¿Nacerá una nueva obligación? Y si el no pago, el incumplimiento, genera una nueva obligación ¿qué le ocurre a la anterior, es decir a la obligación no pagada?

Me apresuro a contestar (aunque la respuesta está de más en tanto este discurso está atravesando, a la sazón, una de las regiones–etapas de la obligación) que no nace, en principio, una nueva obligación¹⁸⁸, que la obligación cae en este segundo tramo y esta caída,

¹⁸⁸ Según el nuevo Código, aunque señala –en sus fundamentos, ver *supra*– que la “responsabilidad” es un tramo de la obligación, nace una obligación (conf. art. 1716 y ss.). Mostró la incongruencia que exhibe, al regular un mismo e idéntico fenómeno (no pagar,

en la enfermedad, en el modo deficiente de “ser–estar” de la obligación, produce cambios en la vida de la obligación. Excepcionalmente, cuando la falta de pago (v.gr. prestar un servicio en forma defectuosa que daña a la persona) ocasiona daños cuya determinación no guarda ninguna relación con la obligación no pagada, puede nacer, ciertamente, una nueva obligación¹⁸⁹.

Conviene insistir: como ahora estamos demorados en la región anormal de la obligación e intentamos –en este capítulo– morar en ella, resulta evidente la respuesta: la falta que ocasiona el “no” pago no puede causar, en tanto se transita una de las regiones de la obligación, el nacimiento de una nueva obligación. El no pago es, simple y sencillamente, un efecto (indeseado, inesperado) de la inmanente presencia de la obligación

Sin embargo, la aludida consecuencia ocasiona cambios importantes en la obligación que afectan, por un lado, a los elementos esenciales e internos de la obligación (sujetos, objeto, vínculo); y, por otro lado, que interpelan (la circularidad del discurso resulta ineludible) acerca de si estas modificaciones se erigen, tienen entidad bastante, para engendrar el nacimiento de una nueva obligación. La respuesta, admítase la insistencia, es no¹⁹⁰.

b. Es que el acreedor no deja, ciertamente, de serlo, aunque su confianza en el deudor queda herida de gravedad. Su defraudada expectativa recibe, empero, los remedios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para, precisamente, sanar la herida o, mejor dicho, para lograr la satisfacción de su menoscabado interés. El ahora empoderado acreedor puede agredir patrimonialmente al deudor que devino “también” responsable (conf. arts. 730, 777, 743 y concs. del C.C.C.N.).

es decir incumplir la obligación) en dos regiones distintas, en *La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el Proyecto*, AbeledoPerrot Buenos Aires, 2013-6-693. Argumenté, asimismo, acerca del acierto de tal regulación, y la insignificancia de la incongruencia anterior, cuando se ocasionan daños a las personas – físico y/o espiritual-.

¹⁸⁹ Me ocupo de esta posibilidad en el texto citado en la nota anterior.

¹⁹⁰ La doctrina autoral nacional está dividida. Una síntesis de las irreductibles posiciones pude verse en COMPAGNUCCI DE CASO Rubén, ob. cit., p.107.

En otras palabras, la falta que comete el deudor, al no pagar, provoca un cambio en el acreedor del primer tramo (expectante, pasivo y confiado) en tanto lo convierte en un acreedor víctima. Por ello, precisamente, se lo empodera para que pueda, en respuesta a la falta padecida, agredir patrimonialmente al deudor—responsable. El acreedor se vuelve, por ende, activo, y desconfiado en el inauténtico deudor, para lograr la satisfacción de su menoscabado interés.

La idea de agresión patrimonial subyace, importa destacarlo, en las tres hipótesis posibles que puede recorrer, en pos de su propósito reparatorio, el agredido acreedor. Su insatisfecho interés encuentra, en el patrimonio del sancionado—deudor¹⁹¹, la forzada prestación que restablece el equilibrio alterado por la falta, por el “no”, por la caída (en la enfermedad) de la obligación. Está se extingue, en tales anormales circunstancias, de muerte forzada, coactiva.

c. El autor de la falta, el artífice del no, es decir el agresivo deudor, deviene (se convierte en) responsable por los daños y perjuicios causados, precisamente por su falta; y debe, en tales circunstancias, tolerar la agresión patrimonial que le dirige su insatisfecho acreedor. Su falta, vale decir no realizar la conducta debida, prolonga su indeseado estado de endeudado e incrementa, previsiblemente, el objeto de su obligación. El deudor es, en esta región, *también*¹⁹² responsable.

El responsable, que no deja de ser deudor, debe —para salir de su estado de endeudado y para evitar el probable incremento de su deuda— pagar. Siempre es posible, aun en este tramo, liberarse del peso de la deuda aunque, claro está, debe pagar el objeto original más los daños causados por no pagar la obligación en tiempo propio. Si el deudor persiste en su negatividad, en su pasividad, debe tolerar la agresión a su patrimonio (que no es otra que la réplica, el espejo, de su propia agresión al acreedor)

La falta del deudor es un inesperado golpe a la obligación que la hace caer en su tramo patológico. En éste puede el acreedor exigir el cumplimiento específico (como en la primera etapa) más los daños

¹⁹¹ O en el de un tercero, aunque “a costa del deudor” —conf.art. 505 inc. 2) del C.C. derogado; arts. 730 inc. b) y 777 inc. b) del nuevo Código—.

¹⁹² Se debe subrayar y enfatizar el adverbio “también” para mostrar la íntima e insoslayable relación que une al responsable con el deudor.

causados por la falta o, lo que es igual, el deudor debe asumir los “costos” de su negatividad y, sencillamente, pagar porque él es responsable y, también, deudor. El remedio extremo que asoma, frente a la persistencia en la falta, es la responsabilidad: palabra esencial, en esta segunda etapa, cuya polisemia¹⁹³ ha ocasionado más de un extravío.

d. El objeto primigenio de la obligación es afectado, claro está, por la falta cometida por el deudor. La idea de “conversión” del objeto late, también, en este modo deficiente de “ser–estar” de la obligación. En otros términos, el objeto debido en el origen de la obligación se “convierte” en la indemnización de daños y perjuicios o bien en su ejecución en especie más los daños causados por incumplir, no pagar, precisamente, la obligación.

Se debe analizar y valorar, ante el fenómeno del no pago que enferma a la obligación, cómo repercute tal comportamiento in–debido en el objeto de la obligación. Dicho de otro modo, la obligación caída en su fase coactiva pregunta, en tal caso, si es posible aún el pago, si está interesado el acreedor en él¹⁹⁴. Y si se contesta que no, el deudor debe responder patrimonialmente ahora, conversión del objeto de la obligación mediante, de los daños e intereses (derivados, pues, de la falta de pago).

En la determinación de los daños e intereses juega un papel esencial la obligación que no se pagó, vale decir si ésta es una suma de dinero muy claro está que el deudor–responsable debe la prestación original (capital) más los intereses devengados, precisamente, por no pagarla en el tiempo propio de su cumplimiento (conf. art. 768 del C.C.C.N.).

En similar sentido, si se trata de otra obligación –que no tenga por objeto una suma de dinero–, debía el deudor–responsable resarcir (según el derogado código) los daños e intereses que “*sólo comprenderá la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento...*” (conf. art. 520 del Cód. Civil derogado); y tal consecuencia se extendía a las “*mediatas*”, cuando obre “*maliciosamente*” (conf. art. 521 del C.C.

¹⁹³ GALDÓS Jorge M., *La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto*, en La Ley, 2012-C, p. 1254.

¹⁹⁴ Tales preguntas resulta impertinentes en el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero.

derogado). Estos daños se originan, nacían —conviene recordarlo—, “de la misma obligación que debía cumplirse”¹⁹⁵.

En el nuevo Código, por el contrario, el deudor-responsable debe resarcir, excepto disposición legal en contrario, “las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles” (conf. art. 1726 del C.C.C.N.¹⁹⁶). En los contratos (obligaciones nacidas de aquellos) se responde (*rectius*: se está obligado), como lo establece el artículo 1728¹⁹⁷, por “las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (...)”. Si el deudor incurre en dolo (obligacional), agrega el art. 1728, “la responsabilidad (¿o la obligación?)”¹⁹⁸ se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

e. En síntesis, la falta que comete el deudor al no pagar la obligación provoca su caída en la región anormal (artificial), conflictiva, patológica. Este modo de ser—estar deficiente e inauténtico, modifica el objeto de la obligación, convierte al deudor en deudor—responsable y al acreedor en acreedor—víctima (dañado). El activo acreedor puede, por lo tanto, agredir patrimonialmente al inauténtico y responsable deudor para satisfacer su menoscabado interés (conf. arts. 730, 777, 743 del C.C.C.N.). La obligación se extingue, en tales circunstancias, de muerte forzada, coactiva, artificial.

2.2. La etapa de la liberación coactiva y ¿del nacimiento de la obligación del acreedor?

a. El acreedor puede, también, golpear a la obligación y hacerla caer en la segunda región si no acepta el ofrecimiento de pago (o no

¹⁹⁵ Nota del codificador al artículo 520 y su cita de MARCADÉ. Esta respuesta resultaba insuficiente, inadecuada, cuando se dañaba a la persona a través v.gr. de la no ejecución de un servicio o por prestarlo defectuosamente. No podía escribirse, con rigor, que existe conversión del objeto de la obligación.

¹⁹⁶ **Artículo 1726.- Relación causal.** Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

¹⁹⁷ **Artículo 1728.- Previsibilidad contractual.** En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

¹⁹⁸ Sí, la obligación.

coopera–colabora) realizado por su deudor. Importa aclarar que si tal ofrecimiento cumple con los requisitos sustanciales y circunstanciales del pago (conf. art. 867 del C.C.C.N.¹⁹⁹), el **no** del acreedor resulta, pues, injustificado, ilegítimo. El acreedor cae, entonces, en el estado de mora (conf. al art. 886, 2do. párrafo del C.C.C.N.) e incurre en una conducta culpable.

Tal comportamiento provoca, como se anticipó, la caída de la obligación en la región conflictiva, artificial, patológica o, lo que es similar, en su modo deficiente, impropio e inauténtico, de ser–estar de la obligación. El acreedor, al obrar así, traiciona su esencia (creer, confiar, tener fe en su deudor) pues el virus del **no** que inyecta en la vida de la obligación importa, en verdad, una radical pérdida de confianza en su deudor. El acreedor se precipita, entonces, en la inautenticidad²⁰⁰.

Surgen, frente a la falta del inauténtico acreedor, similares preguntas a las formuladas cuando la falta la comete el deudor, vale decir: ¿qué cambios provoca, en la vida de la obligación, esta caída? ¿Qué ocurre con el objeto de la obligación (prestación)? ¿Qué pasa con los sujetos? ¿Podrá nacer una nueva obligación del comportamiento ilegítimo del acreedor?

b. El objeto de la obligación (prestación) no sufre modificación alguna, sigue siendo, pues, el mismo en tanto la falta –mora– del acreedor cristaliza lo debido e impide, por lo tanto, toda modificación en perjuicio del respetuoso deudor. Es decir, si lo debido resulta una suma de dinero se detiene el curso de los intereses (compensatorios²⁰¹ y moratorios) y, asimismo, el acreedor asume el riesgo ante una posible pérdida del poder adquisitivo de la suma adeudada. El único perjudicado por la falta es, va de suyo, el inauténtico acreedor.

No obstante ello, esta suerte de *suspensión* de la obligación, esta no modificación del objeto y, asimismo, de los sujetos que, de más está escribirlo, no abandonan sus roles de acreedor–deudor, prolonga, al detener el inexorable devenir de la obligación, el indeseado estado de

¹⁹⁹ **Artículo 867.- Objeto del pago.** El objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización

²⁰⁰ Lo mismo ocurre, claro está, cuando el deudor no paga.

²⁰¹ El acreedor podrá, excepcionalmente, reclamar los intereses si prueba que el deudor invirtió la suma debida y obtuvo, por lo tanto, un injustificado (sin causa) beneficio patrimonial derivado, precisamente, de la aludida suma.

endeudado del deudor. De ahí que, para remediar la obligación caída fuera de su devenir, el ordenamiento jurídico empodera al deudor para que pueda liberarse de su perjudicial estado. El empoderado deudor puede forzosamente, a través de la consignación judicial (conf. arts. 756 y ss. del derogado C.C.; 904/909 del C.C.C.N.), liberarse (conf. arts. 731, 880 del C.C.C.N.).

El empoderamiento del deudor pone de relieve, como se ve, la modificación en la situación de los sujetos de la obligación. El auténtico deudor debe pues extremar su actividad, al poner en marcha el dispositivo del Poder Judicial, para lograr su liberación y, por su lado, el inauténtico acreedor debe tolerar, sanción mediante, la liberación coactiva, forzada, que promueve, al buscar la protección de la Justicia, el deudor. La liberación coactiva es, de más está escribirlo, la contracara de las ejecuciones forzadas.

c. El comportamiento ilegítimo del acreedor puede, también, dañar al deudor. En tal caso, mostrada su culpa o, lo que es similar, la sinrazón de su **no**, nace la obligación de resarcir el daño que le ha causado a su respetuoso y auténtico deudor. El acreedor deviene, en tales circunstancias, **deudor de su deudor**.

Dicho de otro modo, si el acreedor se comporta ilegítimamente, culpablemente, y su conducta daña a su deudor, debe pues resarcir el daño causado. Se asiste aquí al nacimiento de una nueva obligación. La introducción del adjetivo (nueva), que tiñe a la oración de tautología, se justifica discursivamente por la necesidad de subrayar la existencia de las dos obligaciones.

En suma, la conducta reprochable, ilegítima, culpable, del acreedor crea un nuevo vínculo jurídico con su deudor o, en otros términos, las personas que están vinculadas como acreedor–deudor nacen, por el obrar del acreedor, en sus roles opuestos. De manera que, frente al nacimiento del nuevo vínculo jurídico (obligación), dos obligaciones existen (coexisten) entre las partes. El acreedor de la primera obligación resulta, también, el deudor de la segunda y, asimismo, el deudor de la primera es el acreedor de la segunda.

d. La antigua obligación atraviesa, por la falta del inauténtico acreedor, la región anormal, conflictiva, el modo deficiente de ser obligación, de manera que si el deudor quiere liberarse debe promover la consignación judicial –o extrajudicial–. El ciclo vital de la obligación

caída se cierra, en tales circunstancias, coactivamente. La liberación del deudor y la satisfacción del interés del acreedor resultan, pues, forzados por la intervención del Poder Judicial.

La nueva obligación, por el contrario, al comenzar su ciclo vital, se encuentra en la región normal, en el modo eficiente, propio–auténtico, de ser obligación. Todo el discurso anterior, acerca de las dos regiones de la obligación, corresponde, pues, reproducirlo aquí. La circularidad discursiva se explica y comprende, precisamente, porque ha nacido una nueva obligación.

En prieta síntesis, el comportamiento negativo del acreedor provoca, por un lado, la necesidad de recurrir al remedio, consignación mediante, del Poder Judicial si el deudor quiere, claro está, liberarse de su indeseada situación; y, por otro lado, el nacimiento de una nueva obligación si el deudor es dañado. Coexisten, ello sentado, dos obligaciones: una, la primera, debe extinguirse irremisiblemente en forma coactiva (consignación judicial o extrajudicial). La otra, por el contrario, puede resolverse en su primera región, si es que el deudor (acreedor de la primera) satisface, mediante el pago, el interés de su acreedor (deudor de la primera obligación).

3. La definición de obligación

La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) debe realizar la conducta debida (prestación) para proporcionarle a otra persona (acreedor) el bien o utilidad esperada (objeto de la obligación); y así, de tal modo, satisfacer el interés lícito (patrimonial o extrapatrimonial) de ésta. Ante la “falta” (el no estar ahí de lo debido o estarlo de un modo insuficiente o defectuoso) de pago imputable al deudor, puede el acreedor obtener coactivamente, directa o indirectamente, la satisfacción de su menoscabado interés; mientras que el deudor puede también, cuando la “falta” sea atribuible al acreedor (al rehusar el pago o no colaborar) lograr forzosamente su liberación.

El primer tramo de la definición pone el acento en lo que suele ocurrir normalmente. Es decir, como los deudores pagan naturalmente sus deudas la primera región muestra, al ponerlo en el centro de la definición, la preeminencia lógica y ontológica del “deber”. En otros términos, el deudor, el deber particular y calificado que pesa sobre él,

resulta el protagonista excluyente de este tramo y la definición no puede dejar de subrayar tal preponderancia.

El segundo tramo, el de la región anormal, conflictiva, etc., se inicia con la “caída” de la obligación por la “falta” incurrida por el deudor²⁰². En tal caso, se actualizan los poderes de agresión patrimonial que estaban en potencia y, por lo tanto, el acreedor, a través de los remedios proporcionados por el ordenamiento jurídico (conf. arts. 730, 777 y concs. del C.C.C.N.), puede satisfacer coactivamente su ahora menoscabado interés (conf. arts. 743, 242 del C.C.C.N.). Las ejecuciones forzadas (directa e indirecta) –desde la perspectiva del acreedor– o la responsabilidad –desde el vértice del deudor– resultan otras maneras de nombrar a esta etapa de la región anormal, conflictiva o patológica.

En el otro caso, cuando la “falta” la comete el acreedor, al traicionar su esencia, el deudor puede liberarse en forma forzada, coactiva, del peso de su deuda. El sancionado resulta, en este caso, el acreedor quien debe tolerar la liberación del deudor, pago por consignación mediante, y la satisfacción forzada de su interés. La región anormal atraviesa, en este supuesto, la etapa de la liberación coactiva del deudor.

III. Breve resumen de la teoría sobre el ser de la obligación

En síntesis, la obligación es un “ser para la muerte”, es decir está vuelta hacia su inexorable y previsible final (pago). La primera región, la armónica–normal, refleja el destino propio por el que discurre la obligación hasta su pago (muerte natural). Es el modo eficiente y auténtico de ser obligación.

La segunda región, por el contrario, muestra la caída de la obligación, fuera de su propio devenir, en la región inarmónica–anormal cuyo destino artificial finaliza, cuando la “falta” (al no pagar) la comete el deudor, con las ejecuciones forzadas–responsabilidad patrimonial del deudor. Este pesado destino artificial culmina con la liberación coactiva del deudor cuando el acreedor traiciona su esencia e incurre, al rehusar el ofrecimiento de pago o no colaborar, en la “falta”. Estas son las etapas, visiblemente distintas, que integran este modo deficiente e inauténtico de ser–estar de la obligación

²⁰² Se puede iniciar, claro está, por la falta cometida por el acreedor.

Modo eficiente, auténtico, por un lado; deficiente e inauténtico, por el otro –con sus dos etapas–; tales son, pues, los modos o maneras que expresan, en el ciclo vital de su existencia, el ser de la obligación.

IV. Las críticas reflexiones del alumno

a. En ciertos espíritus, bendecidos con el atributo de la *resiliencia*, el golpe de la injusticia los eleva a un estado de mayor lucidez, valor, comprensión. Marcos, el alumno injustamente aplazado, siguió pensando, ya sin rencor, en la naturaleza de la obligación, en sus dos tramos, en sus protagonistas principales –deudor, acreedor–. Habló con su querida amiga Pilar, aventajada estudiante de derecho, quien le sugirió la lectura de un reciente artículo, “*El develamiento del ser de la obligación a la luz del Proyecto*”, publicado en una revista especializada por un autor cuyo nombre no recordó.

Marcos confirmó, después de su lectura, la injusticia del aplazo o, dicho sin rencor, la insuficiencia del concepto normativo de obligación como, también, de los dos supuestos armónicos tramos –“el débito”, “la responsabilidad” – que se destacan en los fundamentos del Proyecto.

Le quedó muy claro, en otros términos, el significativo olvido incurrido, al copiar casi textualmente el pensamiento de dos autores cordobeses²⁰³, de uno de los “posibles” efectos de la obligación. Comprendió, en suma, no sin sorprenderse, que la región inarmónica–anormal se divide, a su vez, en dos etapas: (i) ejecuciones forzadas y/o responsabilidad patrimonial del deudor; y (ii) liberación coactiva del deudor.

Sin embargo, su espíritu inquieto, insatisfecho y su irrefrenable necesidad de relacionar la teoría, lo estudiado, con la realidad, con la vida o, mejor dicho, su joven intuición de que ambos “mundos” –teórico, práctico– deben hablar el mismo lenguaje del derecho, lo llevó a pensar en lo comprendido.

A pesar de coincidir con el artículo o, mejor expresado, no obstante que el artículo le permitió acceder a la verdad de la injusticia padecida, se compadeció de su autor al reflexionar acerca del esfuerzo

²⁰³ PIZARRO Ramón D. – VALLESPINOS Carlos G., en *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, hammurabi, 1999, to. 1, pp. 50/51

realizado para escribir sobre un tema abstracto, gris, anodino, tan alejado de la vida.

Padeció la abstracción de la materia, se olvidó de sus bondades – invitación a pensar, a reflexionar, a filosofar para ordenar del mejor modo la convivencia entre las personas– y su espíritu se tornó, tal vez por el eterno retorno de la misma materia y su inevitable tedio, muy crítico. La vanidad del hallazgo –injusticia del aplazo– le jugó, quizás, una mala pasada pues no pudo apreciar la importancia significativa que posee, desde el punto de vista epistemológico, toda abstracción progresiva del pensamiento.

b. El Código Civil –leyó– no es una continuidad, es una ruptura²⁰⁴. Ha creado una nueva regulación²⁰⁵ y ha ordenado las relaciones civiles, en tanto gran relato homogeneizante, basándose en la razón. Ha tenido, por lo tanto, un carácter constituyente del Derecho Privado.

Sirvió, también, como un instrumento para consolidar la creación del Estado Nacional. Es que se conocían los efectos benéficos que había comenzado a brindar el Código Civil francés de 1804 en cuanto a la unificación de Francia y su modernización²⁰⁶. La pretensión del Código fue ordenar las conductas jurídico–privadas de los ciudadanos de forma igualitaria; una sola norma aplicable para todos los ciudadanos por igual, sean nacionales o extranjeros²⁰⁷.

La igualdad que predicó el Código, sin embargo, resultó meramente formal. Es decir: el Código fue pensado por un solo hombre (D. Vélez Sarsfield) y lo pensó, va de suyo, desde sus propias categorías de ciudadano letrado. El dogma de la presunción del conocimiento de la Ley²⁰⁸; el justo contrato–ley²⁰⁹ para las partes –en tanto hijo de hombres

²⁰⁴ LORENZETTI Ricardo L., ob. cit. p. 11.

²⁰⁵ Uno de los grandes problemas, además de la pobreza, que enfrentaron nuestros padres fundacionales (generación del 37) fue la anarquía.

²⁰⁶ IBARLUCÍA, Emilio A., *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o Ley provincial?*, LA LEY, 2014-D, p. 739.

²⁰⁷ Art. 1* Cód. Civil: “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”.

²⁰⁸ Conf. art. 20: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”.

libres e iguales–; el carácter absoluto del derecho de propiedad²¹⁰ muestran, entre otros principios, que los ciudadanos de los que hablaba el código civil derogado no pueden ser otros que los hombres letrados.

El Código nació –escribió un desconocido autor–, al regir en una sociedad de analfabetos y pobres, con el estigma de la exclusión de un gran número de personas (analfabetos, pobres, pueblos originarios).

Seguridad, inmutabilidad, autosuficiencia²¹¹, universalidad y abstracción, resultan algunas de las notas –consideradas valiosas– que distinguieron y acompañaron al paradigma de la codificación. No se suele escribir, en nuestro campo cultural, acerca de las características contrarias que también nutrieron a la codificación: exclusión; insensibilidad, desprecio por el hombre concreto, por sus circunstancias; arrogancia de la razón; injusticia.

Es que el código decimonónico reprodujo los defectos que exhibe el paradigma iluminista, cuya labor educativa imponía una racionalidad que representaba, *a priori*, la producción y transmisión de conocimientos universales y verdaderos²¹².

c. La teoría general de la obligación, la definición de obligación, la teoría sobre su ser o su naturaleza jurídica son discípulas dilectas –pensó Marcos– de tales conocimientos universales y verdaderos. La universalidad, la abstracción, con su inherente y arrogante pretensión de verdad, que exhibe la teoría general de la obligación, en tanto en su regulación autónoma e independiente se prescinde de las notas

²⁰⁹ Art. 1197: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”

²¹⁰ El art.2513 decía –había sido modificado por el dec.ley 17.711–: “Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede **desnaturalizarla, degradarla o destruirla**; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por acto entre vivos”

²¹¹ Art. 22: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejantes hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”.

²¹² GARCÍA CANCLINI, Néstor, *Diferentes, desiguales y desconectados*, ed. Gedisa, 2004, p. 189.

particulares y singulares que provienen de sus múltiples y diversos nacimientos (fuentes), le pareció el mejor paradigma para consagrar el olvido del hombre concreto.

El mejor paradigma –repitió– para excluir, so pretexto de universalidad, abstracción y sus cómplices parientes (la igualdad y la libertad meramente formal), a la mayoría de las personas del umbral de la Justicia. Lamentable ilusión positivista –insistió– de obtener un conocimiento objetivo y de validez universal –generado por un sujeto neutro cuyas características personales no resultarían pertinentes a los fines cognitivos– que cierra inevitablemente los ojos a las especificidades que se expanden, sin control alguno, en toda realidad. Lo objetivo –recordó– no es importante, únicamente lo subjetivo, es decir lo más profundo, es lo importante²¹³

Las posturas que enfatizan el carácter situado de todo saber y que reconocen la influencia inevitable que la particular condición de quien investiga tiene sobre sus indagaciones, han sido expulsadas, sin piedad alguna, de la fría y abstracta ciudad de la obligación.

La abstracción, la abstracción –claro– es una de las notas de la materia –recordó–. En la regulación autónoma e independiente –repitió– de la obligación se prescinde de los hechos que le dan nacimiento o, en otros términos, los múltiples, variados y heterogéneos hechos se condensan, perdiendo su particularidad, en lo general. La riqueza de las diferencias de origen se pierde en la pobreza de la unidad. La heterogeneidad se pierde, pues, en la homogeneidad.

Esta pérdida de riqueza habla, también, de otras pérdidas, más trágicas, de las diferencias (afrodescendientes, gauchos, analfabetos, mujeres, pueblos originarios²¹⁴) en pos de los beneficios que se consagran para los hombres blancos, alfabetizados, propietarios, habitantes privilegiados de la ciudad letrada ¿Habrà alguna ganancia? Sí –contestó–, desde luego, sólo para aquellos que se adueñaron, siendo una minoría, de todos los relatos.

d. Un poco cansado de sus propias críticas, Marcos pensó, por último, en la incoherencia que exhibe el diseño de una teoría general de

²¹³ DESHIMARU, Taisen, *Preguntas a un maestro zen*, Argentina, Troquel S.A., 1992, p. 47.

²¹⁴ Pensó en el libro que le regaló Catalina *la Argentina de los caciques. O el país que no fue* de Carlos MARTÍNEZ SARASOLA, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2012.

la obligación, independiente de sus causas fuentes, pues la índole y calidad de la relación jurídica de obligación no depende, entonces, de la índole y calidad del hecho que constituye su causa²¹⁵ sino, en todo caso, de un relato abstracto e igualador de todas las diferencias.

Es que, a la luz de tal relato, adquiere el carácter de “deudor”: (i) el que mató en forma dolosa o culposa a otro; (ii) el que compró su bicicleta en cuotas; (iii) el que se encontró una billetera en la calle; (iv) el que suscribió un título valor; (v) el que ocasionó un daño al vender un producto defectuoso; (vi) el que estafó a otro; (vii) el que ofreció una recompensa; (viii) el que plantó un árbol a dos metros de los límites del muro divisorio; (ix) el que abusó de su posición dominante en el mercado y dañó a los usuarios; (x) el que cobró en forma indebida; etc..

Pensó, después, en su mundo cotidiano y no encontró en forma aislada acreedores y deudores. Antes bien, en la compleja y alienante sociedad de consumo, los encontró formando parte de relaciones más amplias –contratos de consumo, ilícitos de consumo; etc.– que están atravesadas por maneras muy distintas de relacionarse: tarjetas de crédito, servicios bancarios, consumo en shoppings; los daños causados por la tiranía del automóvil, los daños a bienes colectivos; los derechos individuales homogéneos, la tragedia de los bienes comunes, los excluidos y su imposibilidad de acceder a los bienes que dilapidan los ricos; y un amplio etc. Pensó, en fin, en los acreedores y deudores revestidos de adjetivos que resultan, en rigor, sustantivos: acreedor – consumidor o proveedor; deudor – consumidor o proveedor.

e. Marcos dejó sus lecturas, sus reflexiones y conversó, antes de la llegada de Catalina, con su amiga Pilar para contarle acerca de su mirada crítica sobre la teoría general de la obligación. Pilar, después de escucharlo con atención, le sugirió la lectura de un trabajo escrito por una profesora de la materia que trabaja, con admirable vocación extensionista, en el ámbito de la Secretaría de Extensión de la Facultad a la que ella asiste con contagioso entusiasmo. Marcos recibió –luego de desconectarse de facebook– en su casilla de Hotmail el archivo que le enviara Pilar sobre la opacidad y el anacronismo de numerosas figuras del derecho de las obligaciones que han sido interpeladas, por la lúcida

²¹⁵ LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, decimocuarta ed., Buenos Aires, Perrot, to. II, p. 250.

profesora, a la luz de la cotidianeidad de los sectores populares que habitan en territorios segregados.

**3. Los consumidores,
la relación obligatoria
de consumo,
y la concreción
de sus derechos fundamentales**

I. Introducción

a. Se enseña, en un célebre texto filosófico²¹⁶, que “*la interpretación de algo en cuanto algo está esencialmente fundada en el haber previo, en la manera previa de ver y en la manera de entender previa. La interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado*”. Es decir, cuando se lee –escucha, interpreta, comprende– el título elegido para este capítulo, lo que está puesto *allí–aquí* es la obvia e indiscutida opinión previa del intérprete.

¿Por qué enunció, casi precipitadamente, este universal? ¿Por qué explícito esta obviedad? Porque quisiera, en pocas palabras, desplegarla. En efecto, este capítulo, las líneas que siguen, está inexorablemente condicionado (atravesado) por mis supuestos o, mejor dicho, por mi haber previo, que, a su vez, determina mi manera previa de ver y entender.

En tal sentido, resulta pertinente señalar, para saltar dentro del ineludible círculo de la comprensión que impone toda subjetividad, que desde hace dos décadas enseño derecho de las obligaciones. Y que, asimismo, participo²¹⁷ en el programa de clínicas jurídicas²¹⁸ que se desarrolla en el ámbito de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.. Vale decir, mi haber previo (que surge, claro está, de mi *facticidad*, de mi condición de *arrojado* en estas disciplinas jurídicas) que determina, a su vez, mi manera previa de ver y entender, estará –consciente o inconscientemente– muy presente en el discurso que entretejo²¹⁹ en este capítulo.

b. El título elegido impone detener el pensar inicial en sus palabras conductoras. En otros términos, los “consumidores”, “la relación obligatoria de consumo”, la “concreción” de sus “derechos fundamentales”, resultan los ejes temáticos sobre los que giran estas

²¹⁶ HEIDEGGER, Martin, ob. cit., p. 174 y *pássim*.

²¹⁷ Desde el año 2008.

²¹⁸ Dirijo la Comisión de los Derechos de los Consumidores y Usuarios.

²¹⁹ “...(t)odo discurso de conocimiento es un discurso de autoconocimiento nunca objetivo, sino atravesado por la variable subjetividad desde la que se construye la mirada y la palabra (...)” (MORO, Guillermo, *I am the walrus: abogacía y derechos sociales (fragmento de algo)* en *Los derechos sociales en la gran Buenos Aires*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2013, p.270).

líneas dentro del sistema de la obligación. Y tales palabras plantean, en una primera aproximación, algunas preguntas que conviene explicitar.

En primer lugar, la expresión “consumidores”, hilo conductor preferente de este capítulo, interpela acerca del ser del consumidor o, lo que es similar, pregunta sobre su esencia que no es otra que su existencia. ¿Quién es, pues, consumidor? ¿Cuál es la esencia (existencia) del *homo consumens*?

La respuesta que se busca conviene teorizarla con la ayuda de la palabra “concreción”, otra de las expresiones aquí conductoras. En efecto, la definición legal de consumidor²²⁰, de proveedor²²¹, de relación de consumo²²² delimitan el ser (esencia que es existencia) del consumidor e interrogan, asimismo, acerca del sentido y alcance de tal “concreción” legal. A su vez, la aludida pregunta se desplaza al ámbito administrativo y al judicial pues tal delimitación recibe la hermenéutica superadora —o no— de los órganos administrativos con competencia en la materia²²³ y de la jurisprudencia.

¿Es correcta, por lo tanto, la puerta de entrada diseñada por la ley argentina, y la doctrina autoral y jurisprudencial, para ingresar en la sociedad de consumo? ¿Es compatible con el principio protectorio que emerge del texto constitucional²²⁴? ¿Éste, a su vez, encarna, concreta, a todos los derechos fundamentales?

¿Resulta imprescindible, para ingresar en la “vida de consumo”²²⁵ —en el “mundo consumo”²²⁶—, ostentar el carácter de consumidor; y “relacionarse”, asimismo, con un proveedor? Alrededor de este tríptico (consumidor, proveedor, relación de consumo) se juega, importa anticiparlo, la posibilidad de acceder —o no— al goce de los derechos

²²⁰ Artículo 1 de la Ley nacional n° 24.240 de Defensa del Consumidor (B.O., 15/10/1993) y modificatorias (en adelante: L.D.C.). El texto del art. 1 fue modificado por la Ley 26.361 (B.O., 7/4/2008). Recientemente por el art. 1092 del nuevo Código.

²²¹ Artículo 2, L.D.C. (texto según Ley 26.361).

²²² Artículo 3, L.D.C. (texto según Ley 26.361) y artículo 1092 del nuevo Código

²²³ Funciona, en la ciudad de La Plata un Juzgado de Faltas, cuyo titular (Dante D. Rusconi) es un reconocido especialista en la materia, que tiene competencia para intervenir en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

²²⁴ Artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina.

²²⁵ BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

²²⁶ BAUMAN, Zygmunt, *Mundo consumo: ética del individuo en la aldea global*, Buenos Aires, Paidós, 2010.

fundamentales²²⁷. De ahí, claro está, la importancia de detener el análisis en los elementos esenciales que estructuran a ¿la relación de consumo o a la relación obligatoria de consumo?

En segundo lugar, la noción de derechos fundamentales (núcleo duro del paradigma protectorio) impone responder estas preguntas ¿cuáles son estos derechos? ¿Qué características le otorgan su ser fundamental? ¿Asoman, en este particular ámbito, con una especificidad propia?

Los derechos fundamentales “son” respecto a los consumidores, de manera que conviene insistir ¿es esencial distinguirlos de otros derechos fundamentales (personalísimos) cuyo “ser” esencia con relación a las personas humanas en general? La persona consumidor es el centro de la tutela, roca primitiva de la cordillera de la protección, de modo que deberían enunciarse (se anticipa la respuesta), rigor mediante, sus específicos derechos fundamentales en tanto persona-consumidor.

En tercer lugar, el vocablo “concreción” (y sus parientes: encarnación, concretización), en tanto sugiere una distancia entre un “algo” abstracto, general y un “algo” concreto, interpela: (i) sobre ese “algo” general, abstracto, en el que residen los derechos fundamentales; (ii) acerca de ese “algo” concreto cuya esencia consiste en la plena vigencia y efectividad de los aludidos derechos; y (iii) en torno del *entre*, de esa distancia que los separa, y de la tarea que hay que realizar para desalejarlos, para traerlos a la plena y efectiva existencia

La expresión de marras pone de relieve que los derechos fundamentales están *ahí* (el bien, el sol protectorio) en los textos constitucionales²²⁸ para ser concretados, y que esa difícil²²⁹ tarea (política, legislativa, judicial, administrativa), para traerlos al reino de lo concreto, impone un juicio valorativo acerca de su “real” y “efectiva” concreción. En otras palabras, la tarea debe eliminar la diferencia entre el mundo posible de los derechos fundamentales y su concreción, a través del goce efectivo de los derechos por los consumidores, en el

²²⁷ Se mostrará, sin embargo, que existe un derecho previo que garantiza, precisamente, el acceso al consumo o, lo que es similar, el derecho a “ser” consumidor y/o usuario.

²²⁸ Aún antes de estos en tanto, universalidad mediante, “son anteriores al Estado” (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. p. 110 y ss.).

²²⁹ *Ibidem*, p. 122.

mundo real. ¿Será posible que el mundo real no sea un pálido reflejo del platónico mundo ideal?

c. Problematicado el título de este capítulo o, mejor precisado, planteadas sus preguntas más acuciantes importa anticipar las líneas argumentales que lo estructuran. En el primer tramo, el discurso se detendrá esencialmente en el consumidor para mostrar, por un lado, quién es el sujeto que puede exigir el reconocimiento de sus derechos fundamentales; y, por otro, quiénes son los excluidos del principio protectorio o, lo que es similar, las personas que no podrán acceder al goce de tales derechos. Aquí, en este cuadrante, se criticará la “depuración” que exhibe el nuevo Código con respecto a la noción de consumidor.

En el segundo segmento, se presentarán a los derechos fundamentales (reconocidos en la Ley fundamental) a la luz de un doble movimiento de concreción (legislativo y judicial) que permitirá valorar la vigencia y efectividad de tales derechos en nuestro ordenamiento jurídico. Por último, a modo de síntesis, se resumirán los ejes temáticos que estructuran este capítulo.

II. El consumidor: habitante de la sociedad de consumo

a. La sociedad de consumo (madre e hija de la sociedad de masas) sujeta al consumidor, lo ata a su propia fragilidad, a su inauténtico no ser él mismo. Se adueña de las subjetividades –veladas por el tener, por el aparecer, por el “ser vendible”²³⁰– de los habitantes desangelados del reino dictatorial del consumo cotidiano. Deslumbra esta oscura paradoja: la libertad lleva el signo de la servidumbre en tanto ésta, sometida al señorío de lo que constantemente “hace falta”, o sea, de lo útil²³¹, se muestra como libertad y soberanía respecto al consumo e incremento de lo útil²³².

En esta paradoja de querer (elegir libremente) lo que de todos modos es obligatorio²³³, el ser del consumidor, su esencia, está

²³⁰ ONS, Silvia, *Casting amoroso*. Disponible en: <<http://www.elsigma.com.ar>>.

²³¹ “... ese dios implacable y severo [...]”. BAUDELAIRE, Charles, *Las flores del mal*, 5 ed., Buenos Aires, Losada, 1968, p. 54.

²³² HEIDEGGER, Martín, *Conceptos fundamentales*, Barcelona, Altaya, 1994, p. 30.

²³³ ŽIŽEK, Slavoj, *Cómo leer a Lacan*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 22. El vocablo “obligatorio” está usado en un sentido vulgar, no se refiere, claro está, a la obligación

atravesado por su hiposuficiencia, su subordinación estructural, su deficiente poder de negociación²³⁴; y, asimismo, por las distintas manifestaciones de su frágil existencia en la alienante sociedad de consumo, vale decir su debilidad material, psicológica, cognoscente – técnica, cívica–²³⁵. Las notas discordes de tal debilidad (vulnerabilidad) llaman, gritan, a la necesidad de su defensa, de su tutela y protección. De ahí las esperadas respuestas: el nacimiento del principio protectorio constitucional²³⁶, de sus derechos fundamentales, de la disciplina del derecho de los consumidores.

b. Esta rama del derecho enarbola, desde sus inicios, la bandera de la igualdad real²³⁷ pues procura equilibrar un “campo de juego” notablemente asimétrico. Ha sido definida como la disciplina jurídica de la ‘vida cotidiana’ del habitante de la sociedad de consumo²³⁸. Tal definición abre, al menos conceptualmente, un horizonte de amplia protección para el habitante (consumidor).

La noción de “habitante” (es decir el que vive, mora, cada uno de los integrantes de la sociedad de consumo) amplía, con acierto, los límites estrechos que provienen de una errada consideración literal, teñida de una estimación peyorativa, de los vocablos consumidor²³⁹ y usuario²⁴⁰. Desenmascara, asimismo, la reticencia (para extender el principio protectorio) de ciertas voces que lucen atrapadas, interesada o

jurídica, es decir a la noción técnica, precisa, de obligación. Dicha palabra (“obligatorio”) debería reemplazarse, para eliminar la posible confusión, por otra (por ejemplo: ineludible, inexorable, ineluctable).

²³⁴ RUSCONI, Dante D. en: RUSCONI, Dante D. – Coordinador, *Manual de Derecho del Consumidor*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 10/12.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 12/18.

²³⁶ LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2003, p. 8 y *pássim*.

²³⁷ Y, al así hacerlo, “*el derecho privado se ‘publiciza’ [...]*” (MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Introducción al derecho del consumidor*, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario 2004-5, Consumidores, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 8).

²³⁸ BENJAMÍN, Antonio H., *El derecho del consumidor*, en: Jurisprudencia Argentina, 1993–II, p. 913; y su remisión, en relación a la expresión “*vida cotidiana*”, a Jean BAUDILLARD (*A sociedade do consumo*, Lisboa, 70, 1981, p. 27)

²³⁹ “Consumidor, ra. 1.adj. Que consume. 2. m. y f. Persona que compra productos de consumo”. Disponible en: <<http://rae.es>> Diccionario de la lengua española (DRAE).

²⁴⁰ “Usuario, ria [...] 1. adj. Que usa ordinariamente algo. 2. Adj. Der. Dicho de una persona: Que tiene derecho de usar de una cosa ajena con cierta limitación [...]. *Ibidem*.

desinteresadamente, por la dictadura de las empresas que monopolizan los mercados²⁴¹, por la opaca voz que proviene de una conservadora tradición²⁴², por los dogmas de una insensible razón²⁴³. El sujeto que debe ser protegido es, pues, el habitante (consumidor) en su frágil tránsito existencial por la sociedad de consumo.

En efecto, el ser del *homo consumens* reclama la tutela diferenciada desde el comienzo y hasta el fin de su existencia. No pueden expulsarse del principio protectorio, por lo tanto, las múltiples relaciones que entreteje el consumidor durante su estar, su existir (devenir), en la sociedad (mundo, vida) de consumo. Pero ¿cuál es su comienzo; cuál su existir, su devenir; cuál su fin?

Su comienzo: desde que es persona por nacer²⁴⁴, al nacer con vida y adquirir, por ende, irrevocablemente los derechos²⁴⁵. Durante el período de gestación, se tejen diversas relaciones que pueden, ciertamente, afectar al *nasciturus* (consumidor) y que caen (o deben caer) en el ámbito del principio protectorio. Cabe, a modo de ejemplo, pensar en los servicios médicos y hospitalarios; en la compra e ingesta, por la madre, de alimentos²⁴⁶ y medicamentos; en los daños y perjuicios que pueden sufrir él y sus parientes; etc..

Su existir (devenir): el consumidor está inmerso, cautivo, en una red de servicios públicos y privados; articula múltiples contratos de consumo; está expuesto a los riesgos de las ilimitadas relaciones de consumo. Se debe, en tal contexto, garantizar el acceso a los servicios públicos esenciales (educación, salud, Justicia, seguridad), a un lugar para vivir (vivienda digna), a los servicios públicos domiciliarios –agua,

²⁴¹ Grupos económicos, corporaciones, aseguradoras, bancos, etc.. Voz que se escucha, lamentablemente, en el nuevo Código cuando se intenta justificar la eliminación de la figura del consumidor expuesto.

²⁴² Anclada en gastados y arcaicos principios, normas y valores.

²⁴³ Que deja sin la debida tutela numerosas relaciones desiguales, profundamente injustas.

²⁴⁴ La existencia de la persona humana comienza con la concepción (conf. art. 19 del C.C.C.N.).

²⁴⁵ Conf. art. 21 del nuevo Código.

²⁴⁶ La presencia de agroquímicos en las frutas y verduras que consumimos diariamente (BARRUTTI, Soledad, *Mal comidos*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Planeta, 2013, pp. 189/234) abre una honda preocupación ante las posibles consecuencias que provoca, intoxicación crónica mediante, en las personas (autismo, cáncer o malformaciones, etc.).

cloacas, gas, electricidad—. Se debe protegerlo, también, de los abusos que provienen de los servicios telefónicos (móvil, fijo), bancarios, financieros, crediticios, de transporte, contables, médicos, jurídicos, etc.; de los múltiples contratos de consumo; de la publicidad; y de los daños y perjuicios que padece en la riesgosa²⁴⁷, inundada de bienes²⁴⁸ (productos, cosas²⁴⁹), sociedad de consumo.

Su fin: los servicios fúnebres, la adquisición de derechos en cementerios privados²⁵⁰, no están al margen, claro está, de la luz que proviene del principio protectorio. Los servicios de salud, de Justicia, los servicios jurídicos asoman, también, en el tramo final de la existencia del consumidor. La tutela no puede faltar cuando la angustia, sumergida en la radical imposibilidad de toda posibilidad (muerte), se empoza en la existencia.

c. En síntesis, amplio es (debe ser) el horizonte protectorio que se dibuja con las líneas que emergen de la noción de habitante—consumidor. Tal horizonte debe disipar las oscuras sombras que expande la riesgosa sociedad de consumo sobre los debilitados habitantes. El discurso exige, sentado ello, presentar algunas de las luces que iluminan nuestro ordenamiento jurídico.

1. La sociedad de consumo como “todo” relacional

Resultan datos, entre otros, que no se pueden ignorar: (i) el paso, gradual pero implacable, de una sociedad de productores a una de consumidores²⁵¹; (ii) la extensa red de servicios que “atrapan” al consumidor; (iii) el nacimiento de nuevas maneras de relacionarse (o no relacionarse), de dañar, de contratar; (iv) la debilidad, subordinación mediante, estructural —en el mercado y en la sociedad— del consumidor,

²⁴⁷ BECX, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, Barcelona, Paidós, 2008.

²⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. en la nota 235, pp. 103/105.

²⁴⁹ LEONARD, Annie, *La historia de las COSAS: de cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra salud. Y una visión del cambio*, 1ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 43 y *pássim*. El “bien”, desde tal perspectiva, es también un “mal”.

²⁵⁰ Artículo 1 de la L.D.C..

²⁵¹ BAUMAN, Zygmunt, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, 1ª ed., Barcelona, Gedisa, 2000, p. 12 y *pássim*.

que está en el centro de la consideración del derecho privado²⁵²; y (v) el fecundo diálogo con la Constitución²⁵³ y con los documentos internacionales de derechos humanos²⁵⁴.

Se ha establecido, en consonancia con tales datos, que “(l)os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a [...] Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos [...]”²⁵⁵. El texto constitucional reconoce, identifica, una categoría de personas (consumidores, usuarios) necesitadas de tutela preferencial (diferenciada²⁵⁶) por su debilidad estructural en el mercado²⁵⁷ o, con mayor y más precisa amplitud, en la sociedad de consumo.

Las múltiples deficiencias (de información, experiencia, reflexión, estrategia, negociación; etc.) que resuenan en la noción de “debilidad estructural” se acentúan, pues, en el mercado desregulado —en la dictadura del mercado— e imponen, en tales desiguales condiciones, la “presencia” del Estado (autoridades) para resguardar y proteger a las víctimas (consumidores—usuarios) de los previsibles abusos.

Las aludidas deficiencias palpan, también, en la sociedad de consumo y exigen, naturalmente, la sensible mirada protectora del derecho de los consumidores. Los derechos fundamentales que deben ser protegidos por las “autoridades”, residen, a la luz de la redacción de la norma constitucional, en la “relación de consumo”. Es que aquellos, conviene recordarlo, “*tienen derecho, en la relación de consumo [...]*”, de modo que el “*en*” conduce hacia el lugar (“*la relación de consumo*”), que

²⁵² Aunque exhibe una intersección entre el derecho público y el derecho privado (BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, 1ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 1998, To. II, p. 98).

²⁵³ “Se trata de uno de los denominados ‘derechos civiles constitucionalizados’ [...]” (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. en la nota 235, p. 44).

²⁵⁴ Incorporados, con “*jerarquía superior a las leyes*”, a nuestro ordenamiento jurídico (conf. art. 75 inc. 22, de la Const. Nac.).

²⁵⁵ Artículo 42 de la Constitución nacional. En el mismo sentido: art. 38 de la Constitución de la Prov.Bs.As., “*Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo [...]*”

²⁵⁶ BERIZONCE, Roberto O., *Tutelas procesales diferenciadas*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 86/87.

²⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. en la nota 64, pp. 100/101.

resulta el presupuesto fáctico, el *ahí relacional*, sobre el cual se edifica el paradigma protectorio que diseña el texto constitucional.

2. Una aproximación al ser de la “*relación de consumo*”

a. Existe un insoslayable puente entre los derechos fundamentales de los consumidores y la “*relación de consumo*”. Ello es así, en tanto las Constituciones citadas reconocen la protección de los aludidos derechos “*en*” el ámbito de ésta. Conviene, en consecuencia, plantear la pregunta por esta significativa “*relación de consumo*” o, lo que es similar, develar su sentido, su alcance; aproximarse, pues, al concepto de la calificada *relación* en la que viven los protegidos derechos fundamentales de los usuarios y consumidores.

La definición que se lee en el artículo 3 de la L.D.C. (texto según ley 26.361) aparece en forma inmediata. Dice, en efecto, que: “*(r)elación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*”²⁵⁸. En otros términos, el vínculo jurídico que liga, enlaza, al proveedor con el consumidor es, admitida la inversión de las expresiones, una relación de consumo.

¿Cabe extender tal definición a la “*relación de consumo*” que refieren las Constituciones? O, preguntado de otro modo: ¿los términos conectados por la “*relación de consumo*” de los textos constitucionales resultan el proveedor y el consumidor o usuario que menciona la Ley? ¿Esta “*relación*” es un vínculo jurídico?

Conviene insistir con las preguntas: ¿si no existe el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, no hay relación de consumo y, por lo tanto, los consumidores no pueden invocar la protección de las autoridades? ¿La existencia del vínculo jurídico resulta una condición necesaria y suficiente para que las autoridades provean a la protección de tales derechos? ¿La Ley y el nuevo Código delimitan razonablemente la noción que proviene de la Constitución Nacional?

b. Entiendo que la definición que traen la L.D.C. (y el nuevo Código) no puede ser el criterio de uso del concepto fundamental “*relación de consumo*” que menciona la Constitución Nacional o, mejor expresado, la norma fundamental no considera a la “*relación de*

²⁵⁸ El artículo 1092 del nuevo Código dice: “*...Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor (...)*”.

consumo” como un vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor; otra es su *intensión*, otra su designación. El concepto de marras tiene un alcance, una extensión, mayor al que se lee en los cuerpos normativos reseñados (L.D.C./nuevo Código). Varias son las razones que militan a favor de esta hermenéutica del texto constitucional:

En primer lugar, porque la Constitución no habla de una relación de algo a algo, de consumidor–usuario a proveedor. La ausencia que exhibe el art. 42 de la Constitución nacional²⁵⁹ del otro término de la relación (vale decir, del proveedor) que mencionan la L.D.C. y el nuevo Código deja entrever lo expuesto. Más aún: en el otro extremo, de los derechos fundamentales que se reconocen a los usuarios y consumidores, aparecen, como sujetos pasivos, las “autoridades” que “proveerán” a su “protección”.

En segundo lugar, desde que el análisis superficial de las palabras pone de relieve que la pluralidad está en la unidad, es decir los consumidores, los usuarios –pluralidad– tienen derecho, en la “*relación de consumo*” –unidad–, a la protección: los múltiples usuarios–consumidores están en lo “uno”, residen en la unidad de la “*relación de consumo*” (*rectius*: sociedad de consumo). La unidad–totalidad conjugada con la pluralidad desvanece la noción de relación como vínculo jurídico e ilumina el ámbito en dónde habita lo múltiple (consumidores–usuarios–relaciones de consumo y de uso) es decir en esta ineludible sociedad de consumo.

Enunciado de otro modo, en el plano exterior de estas palabras (usuarios, consumidores, relación de consumo) resuena una disonancia entre lo “uno” (relación de consumo) y lo múltiple (usuarios y consumidores) que impone pensar la unidad, para no caer en la incoherencia e incomprensibilidad, de otro modo. Es decir, para propiciar lo contrario –que la relación de consumo es el vínculo jurídico– la Constitución debió utilizar el plural, debió hablar, pues, de las relaciones de consumo. Es que lo “uno”, la unidad, remite al “todo” de esa unidad en la que vive la pluralidad.

En tercer lugar, en tanto el máximo tribunal nacional señaló, al argumentar sobre el derecho a la seguridad –referido a la relación de consumo– previsto en el artículo de marras, que “*abarca no sólo a los*

²⁵⁹ Y también el art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados [...], por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”²⁶⁰.

Resulta claro que si la seguridad debe ser garantizada en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales es porque aún no ha nacido el vínculo jurídico (relación de consumo) y, precisamente, se diseña la protección para evitar su nacimiento. En otras palabras, no es necesaria la existencia del vínculo jurídico entre el proveedor y el usuario–consumidor para hacer jugar la tutela preferencial pues, en el caso, la protección se pone en juego para evitar, como se ve, el nacimiento de la “*relación de consumo*”. En sintonía con tales ideas, aparece la función preventiva de la “responsabilidad civil” (arts. 1708, 1710/1713 del nuevo Código) cuya obsesión es que no nazca la relación obligatoria, en el caso, de consumo.

En cuarto lugar, porque existen numerosas normas protectorias de los consumidores que se ponen en juego antes del nacimiento del vínculo jurídico (relación de consumo). En el nuevo Código pueden leerse, en tal sentido, los arts. 1096, 1101, 1385, 1387, entre otros. En efecto, las exigencias del art. 1385 en punto a la información y especificaciones particulares, que debe contener la publicidad (anuncios) que realizan los bancos de las “operaciones que se proponen”, muestra claramente lo afirmado en este párrafo, vale decir que no es imprescindible, para tutelar los derechos fundamentales de los consumidores, que exista un vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor.

En quinto lugar, en consonancia con el párrafo anterior, porque el derecho fundamental a la educación no requiere –está de más decirlo–, para su operatividad, del nacimiento de la relación, vínculo, de consumo. Es que las “autoridades” (el Estado Nacional y las Provincias), sujetos pasivos de la obligación constitucional, deben elaborar planes de educación al consumidor²⁶¹ para cumplir con la exigencia constitucional.

²⁶⁰ Fallos, 330:563, sentencia del 6 de marzo de 2007.

²⁶¹ BRU, Jorge M. *Educación y formación del consumidor (reflexiones sobre la conciencia del consumidor)*, en: STIGLITZ, Gabriel A. – Director, *Manual de Defensa del Consumidor*. Ley 24.240. Diez años de vigencia, 1ª ed., Rosario, Juris, 2004, p. 52.

Por lo demás, la educación se extiende a los potenciales proveedores y empresarios, de manera que este derecho fundamental no solo muestra la virtualidad del axioma “*todos somos consumidores*”²⁶² sino que, además, juega al margen, prescinde, del vínculo jurídico entre proveedor y consumidor.

En sexto lugar, porque el principio protectorio alcanza: (i) a los consumidores contratantes; (ii) a los usuarios contratantes; (iii) a los actos dañosos causados a consumidores y usuarios; (iv) a las pretensiones de acceso al mercado y bienes primarios; y (v) a la protección de las relaciones colectivas de consumo²⁶³.

c. En suma, la “*relación de consumo*” mentada por la norma constitucional es el ámbito relacional, la sociedad de consumo, en el cual se despliegan los derechos fundamentales de los consumidores. Muestra, por lo tanto, una extensión mayor al vínculo jurídico, es decir a la relación obligatoria de consumo, en tanto tales derechos deben protegerse aun antes del nacimiento de tal vínculo. Comprende, también, a las fuentes de las obligaciones de consumo y a los derechos fundamentales que se reconocen (v.gr. a la educación) independientemente de la existencia de un vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor.

3. El “*vínculo jurídico*” entre el proveedor y el consumidor ¿relación de consumo o relación obligatoria de consumo?

a. Anacronismo, tautología, desacierto del legislador ¿solamente notas disonantes ejecuta la definición de “relación de consumo”²⁶⁴? Ciertamente, tal vez no corresponde a esta época, de la sociedad y vida de consumo, la idea de vínculo jurídico²⁶⁵. La definición es, además,

²⁶² MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 304/305.

²⁶³ LORENZETTI, Ricardo L, ob. cit. en nota 235, p. 9.

²⁶⁴ Conf. arts. 3 L.D.C.; 1092 C.C.C.N..

²⁶⁵ Remite a “*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringitur alicujus solventae rei, secundum nostrae civitatis jura.*” *La obligación es un vínculo de derecho formado según nuestro derecho civil, y que nos obliga a pagar alguna cosa*”(JUSTINIANO, *Instituciones de Justiniano*, 2 ed., Buenos Aires, Heliasta, 2005, p. 192).

circular, no comunica un saber, no respeta las reglas de toda definición²⁶⁶.

Es que puede definirse, con el mismo rigor, al “vínculo” como la “relación”²⁶⁷ entre el proveedor y el consumidor o usuario. Pero esta repetición, este modo de decir lo mismo, ¿no podrá recuperarse críticamente? ¿No será pertinente re-significarla?

Pronunciar las palabras “vínculo jurídico” es decir, con otros términos, “obligación”. Es tal la simbiosis entre ambos conceptos (*vínculo, obligación*) que algunos autores consideran que el *vínculo* no es un elemento esencial de la *obligación*, precisamente, porque la obligación consiste en ese mismo vínculo y siendo ello así no parece concebible aislar mentalmente como un componente integrativo de algo, a lo que se identifica con ese algo²⁶⁸. Es tal la resonancia del *vínculo jurídico* en el estudio de las obligaciones que algunos autores, cuando analizan la naturaleza jurídica de la obligación, titulan sus análisis como la naturaleza jurídica del *vínculo*²⁶⁹.

b. Ahora bien, el uso por el legislador de las aludidas palabras, la exhumación del “vínculo jurídico”, porta una clara exhortación para recuperar (conservar), para traer al escenario de los derechos fundamentales que protege y defiende la Constitución las inveteradas y consolidadas enseñanzas que provienen de la teoría general de la obligación.

Es que, en efecto, su parte estructural, formal, técnica, el mecanismo de las obligaciones²⁷⁰, vale decir, las normas generales que enseñan sobre sus fuentes, sus efectos, vicisitudes, clasificaciones y extinción, resultan claramente aplicables, pues perduran en sus lineamientos principales, en este ámbito de las relaciones de consumo.

²⁶⁶ Suele exigirse que el *definiendum* no forme parte, a su vez, del *definiens* (GHIBOURG, Ricardo A. – GHIGLIANI, Alejandro M. – GUARINONI, Ricardo V., ob. cit., p. 54).

²⁶⁷ Se ha señalado, en efecto, que “(e)l vínculo es la relación jurídica que une a las partes de la relación obligacional [...]” (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit., p. 29)

²⁶⁸ LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, Doctrina – Jurisprudencia, Tomo II–A, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1979, p. 18.

²⁶⁹ Por todos: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit., p. 29 y ss..

²⁷⁰ CAZEAX, Pedro N. en: CAZEAX – TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 1ª ed., La Plata, Editora Platense, 1969, to. I, p. 40.

Importa insistir: puede escribirse con la misma coherencia, exhibiendo el mismo pleonismo, que el “vínculo de consumo” es la “relación jurídica” entre el proveedor y el consumidor o usuario. Se recuerda, ello sentado, que la tendencia histórica en la técnica legislativa es omitir la inclusión de definiciones en las leyes porque estas deben regir las conductas y no hacer doctrina²⁷¹. Sin embargo, en las leyes especiales (como v.gr. la L.D.C.) es primordial, para delimitar su ámbito de aplicación, incluir los conceptos fundamentales que iluminan su propia especificidad.

La sencillez (simpleza) de la definición y la esencia del pleonismo que exhibe, interpela, llama, para recordar que existe una experimentada guía (el Código Civil y ahora el nuevo Código) para recorrer con rigor científico –haciendo pie en puntos de referencia firmes, consolidados– o, lo que es similar, para ordenar los derechos de los consumidores y usuarios que protegen la L.D.C., el nuevo Código y los textos constitucionales.

La *relación de consumo* es, al compás de la L.D.C. y del nuevo Código, un *vínculo jurídico* que, precisamente por ello, liga, enlaza, ata –simbólicamente– al *consumidor* con el *proveedor* y al *proveedor* con el *consumidor*. Es decir: cuando en los extremos, polos, del *vínculo jurídico* se encuentra, de un lado, un *consumidor o usuario* y del otro un *proveedor–productor– etc.* se está, pues, en el ámbito de la *relación de consumo*. Decir, en consecuencia, *relación de consumo* es decir, con la misma precisión conceptual, *obligación de consumo* o *relación obligatoria de consumo*.

La fijación, la aceptación de tal sinonimia, provoca numerosos ajustes en el escenario de los derechos de los consumidores. Despeja, con precisión, las incoherencias, las contradicciones, las aporías, que provocan ciertas afirmaciones; v.gr.: que la L.D.C. define a la “*relación de consumo*” como el “*vínculo jurídico*” **nacido del contrato de consumo** que se crea o establece “*entre el proveedor y el consumidor o usuario*”²⁷².

²⁷¹ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. en nota 235, p. 103.

²⁷² MOSSET ITURRASPE, Jorge en: MOSSET ITURRASPE – WAINTRAUB, *Ley de defensa del consumidor*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008, p. 19.

Tal aserto resulta incorrecto, importa aclararlo, pues el “vínculo jurídico” (“*relación de consumo*”) nace no solamente del contrato de consumo sino, además, de las otras fuentes: v.gr. de los hechos ilícitos²⁷³ –responsabilidad civil, según el nuevo Código–; de la declaración unilateral de la voluntad²⁷⁴; de la ley²⁷⁵; etc.. El aserto de marras criticado reduce, por lo tanto, ostensiblemente el nacimiento, el origen de la relación de consumo; lo limita, como se ve, a la fuente contractual. La reducción fenomenológica se exhibe, ello mostrado, patente.

Esta elemental observación, que proviene de la óptica diferencia entre *causa* y *efecto* (el contrato de consumo, el hecho ilícito de consumo –etc. – son las *causas* de la relación de consumo: *su efecto*), resulta oscurecida en ciertos discursos que pretenden tematizar acerca de la *relación de consumo* y discurren, en puridad, sobre el *contrato de consumo*. Hablan, por lo tanto, solamente de una de sus fuentes. Se cae, en tales casos, en la anciana confusión que denunciara el codificador argentino en las notas a los artículos 499, 505 y a la parte primera²⁷⁶ de la sección primera del libro II del Código Civil.

En tales condiciones, el conocimiento de la teoría general de la obligación y de sus fuentes resulta imprescindible para pensar, con cierto rigor, en el estatuto de los derechos de los consumidores o usuarios y en sus conceptos fundamentales. Ello así, desde que cualquiera sea el sector en que nos ubiquemos, lo cierto es que una obligación se debe regir por los principios de la teoría general, aunque se trate de obligaciones nacidas v.gr. de un contrato administrativo²⁷⁷ o de un contrato de consumo o de un ilícito de consumo, etcétera.

d. En suma, la impertinente vacilación que anunciara este punto entre la relación de consumo y la obligación de consumo (lejos de resultar anacrónica, baladí) porta –aclarada la duda– un intenso llamado para mirar de otro modo, para desplegar de una manera más coherente al derecho de los consumidores o usuarios; y, en esencia, para asentar

²⁷³ Por ejemplo: art. 40 “Responsabilidad”, L.D.C..

²⁷⁴ Conf art. 7 “Oferta”, L.D.C..

²⁷⁵ V.gr. art. 40 bis “Daño directo”, L.D.C..

²⁷⁶ “Obligaciones en general”.

²⁷⁷ S.C.B.A., B-51.906, cit..

las bases de tales derechos en las consolidadas categorías que se desprenden del Derecho de las obligaciones.

4. La ampliación (extensión) de la noción de consumidor en la L.D.C. y una crítica al nuevo Código en tanto restringe, oxímoron mediante, tal noción

a. El *homo consumens* existe, admitido lo expuesto hasta aquí, antes de que articule relaciones de consumo, vale decir el consumidor, en tanto habitante (ciudadano) de la sociedad de consumo, está *expuesto* a la posibilidad de relacionarse, voluntaria o involuntariamente, con los proveedores (fabricantes, importadores, vendedores; etc.); y, asimismo, con las “autoridades”.

Por ello, precisamente, la doctrina autoral caracteriza al derecho de los consumidores como un derecho de tipo preventivo²⁷⁸. Es que la prevención hace a la esencia del derecho del consumidor y constituye su nota más saliente y superadora²⁷⁹. La prevención resulta imprescindible para anticiparse, adelantarse, al fenómeno del daño; es una idea fecunda para enfrentar a los riesgos de lo temible (el daño), para evitar que los ahoras por–venir traigan lo temible, para alejar, en suma, del horizonte existencial del consumidor la tormenta impiadosa del daño.

La L.D.C. exhibe, importa destacarlo, numerosas normas cuya impronta preventiva es notable. Así, entre otras, las que imponen deberes de información y de seguridad en la producción, distribución y comercialización de productos o servicios²⁸⁰. No es, asimismo, ajena a la idea de prevención, el claro propósito de disuadir a los proveedores, sanciones pecuniarias mediante (multa civil, es decir el mal llamado “daño punitivo”²⁸¹), que incurren en graves comportamientos²⁸² para que éstos no se repitan.

b. Ahora bien, la definición legal de consumidor, del ser vulnerable que necesita protección, resulta decisiva, esencial, en tanto de ser –o

²⁷⁸ RUSCONI, Dante: en ob. cit., pp. 23/24.

²⁷⁹ BRU, Jorge M. y STIGLITZ, Gabriel A., en: RUSCONI, Dante D. – Coordinador, *Manual de Derecho del Consumidor*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 391.

²⁸⁰ Artículos 5, 6 y 28 de la L.D.C..

²⁸¹ Art. 52 bis L.D.C. (texto según Ley 26.361).

²⁸² V.gr. los que enumera el art. 8 bis de la L.D.C. (texto según Ley 26.361).

no— consumidor depende, va de suyo, la posibilidad de acceder²⁸³ al paraíso protectorio que han creado los textos constitucionales, el nuevo Código y la L.D.C..

Ésta, en su artículo 1²⁸⁴, señala: *“Objeto. Consumidor. Equiparación. Esta ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.- Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquiera manera está expuesto a una relación de consumo”*.

La modificación introducida, en el año 2008²⁸⁵, a la L.D.C. original²⁸⁶ importó un salto enorme en pos de la inclusión, en el paraíso protectorio constitucional, de un amplio universo de personas. Es que el texto primigenio²⁸⁷, inadecuadamente estrecho, pensó al consumidor de un modo gris, anodino, como un contratante (adquirente, locatario), a título oneroso, de limitadas cosas y servicios. Tal estrechez fue subsanada, superada, por la amplia noción de consumidor que portaba la L.D.C. (modificada por el nuevo Código).

Es de lamentar, sin embargo, el límite que aún subsiste. En efecto, quedan expulsados de la protección aquéllas personas que padezcan los servicios defectuosos que proveen algunos médicos, odontólogos, contadores, abogados, ingenieros, arquitectos, etc.. Dice,

²⁸³ No obstante el énfasis de este párrafo, más adelante se mostrará un derecho fundamental previo, esto es el derecho a “ser” consumidor.

²⁸⁴ Texto según Ley 26.361.

²⁸⁵ Ley 26.36.,

²⁸⁶ Ley 24.240.

²⁸⁷ Decía: “...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: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”

en lo pertinente, el artículo 2: “...No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento [...]”.

Se ha perdido la oportunidad, a través del nuevo Código, de modificar la injusta expulsión del paraíso protectorio (conf. art. 42 de la C.N.) de un número significativo de consumidores y usuarios. Vale decir, el límite que aún subsiste (conf. art. 1768 del nuevo Código²⁸⁸), para ingresar en el paradigma protectorio que favorece a los consumidores y usuarios, impide la apertura de la protección constitucional-legal para aquéllas personas que padezcan los servicios defectuosos que proveen algunos médicos, odontólogos, contadores, abogados, ingenieros, arquitectos, etc..

Si bien predominaba, en la doctrina autoral, el silencio, la suspensión de la valoración, quedó muy claro, a la luz del nuevo Código, cómo debía interpretarse el vacío que dejaba el silencio, esto es: a favor de la injusta exclusión. La irritante limitación ha sido criticada, sin embargo, por respetada doctrina autoral. Se ha dicho, en efecto, que resulta un “*privilegio personal inadmisibile por injustificado*”²⁸⁹, una decisión de “*política legislativa*” –que, desde el punto de vista teórico, no se comparte²⁹⁰– que resulta criticable al dejar subsistente la exclusión de los profesionales liberales del concepto de proveedor²⁹¹.

En suma, los profesionales liberales, activos y exclusivos participantes de la redacción del nuevo Código, gozamos del privilegio que proviene del rol dominante que se ocupa en la producción de las normas.

²⁸⁸ En efecto, declara que la actividad del profesional liberal “*está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer (...)*”.

²⁸⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, en: MOSSET ITURRASPE – WAINTRAUB, *Ley de defensa del consumidor*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008, pp. 15/16. Lucen inobjetables los argumentos que, para justificar su aserto, esgrime el autor.

²⁹⁰ RUSCONI, Dante, en: RUSCONI, Dante D. – Coordinador, *Manual de Derecho del Consumidor*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 185-186.

²⁹¹ FRUSTAGLI, Sandra A., *Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la ley de defensa del consumidor*, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-I, Consumidores, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 237.

c. En síntesis, salvo por la limitación criticada, la noción legal de consumidor permitía incluir en el paraíso protectorio, esencialmente a través de la fecunda idea de “*consumidor (usuario) expuesto*”²⁹², a un amplio universo de habitantes “vulnerables” que están –admitase la repetición– *expuestos* (vale decir: no son parte, no están en la relación de consumo²⁹³), a padecer los ilimitados riesgos que expande, descontroladamente, la sociedad de consumo.

d. El nuevo Código regula, en el libro tercero (derechos personales), a los contratos de consumo (título III). En efecto, en cuatro capítulos (1, relación de consumo; 2, formación del consentimiento –en dos secciones: 1*, prácticas abusivas; 2*, información y publicidad dirigida a los consumidores–; 3*, modalidades especiales; 4*, cláusulas abusivas), se incluyen “*una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una ‘protección mínima’*”. Con estos importantes efectos:

(i) implica que “*no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones (de protección) superiores*”;

(ii) asimismo, “*ninguna ley especial (...) puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema (...) esos mínimos actúan como un núcleo duro de tutela*”;

(iii) es beneficioso en pos de la “*coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos (...) que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común*”;

(iv) la regulación propicia, en materia de interpretación, el “*diálogo de fuentes*”. El Código, por lo tanto, “*recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes*”. De ahí que el lenguaje del nuevo Código ilumina al vacío normativo que exhiba la ley especial que se interprete.

(v) En consecuencia: “*se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos*

²⁹² *Rectius*: expuestos a “ser”, ante la inminencia del daño, involuntariamente “consumidores” dañados.

²⁹³ Ex puesto: “fuera”, “más allá” de la relación.

*primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas*²⁹⁴.

El discurso precedente, entretejido con los hilos protectorios que se desprenden de los fundamentos del nuevo Código, se opaca cuando en los mismos fundamentos se leen (renglones más abajo), en una vuelta al gris del ayer, las descoloridas razones que intentan justificar la eliminación de la fecunda idea de “*consumidor expuesto*” como integrante de la noción de consumidor.

La anacrónica voz “*depuradora*” recuerda el antecedente extranjero de la figura (art. 29, Código de Defensa del Consumidor de Brasil), su emplazamiento legal en dicho cuerpo normativo en relación a las “*prácticas comerciales*” (“*no como noción general*”) y la supuesta “*traslación inadecuada*” realizada por la Ley 26.361 al incorporarla al artículo 1 de la L.D.C.. Se califica de razonable dicha fuente, se critica el aludido agregado (Ley 26.361) en tanto “*carece de restricciones*” y se afirma que “*su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud*”. Se ejemplifica con la aplicación que se realizó al peatón víctima de un accidente de tránsito en relación al contrato de seguro celebrado por el autor (dueño/guardián) del daño y su asegurador.

Sorprende la ligereza, la falta de argumentos, la sinrazón, en este tramo, que exhiben los (no) fundamentos; estos provocan, al compararlos con los párrafos anteriores del mismo discurso, un *oxímoron*. Es que la infundada exclusión cierra las puertas del paraíso protectorio, después de exhibir sus mínimas bondades, a numerosos consumidores dañados. Quedarían expulsados aquellos consumidores que deberían ingresar en él a partir del acontecimiento del daño (v.gr. en *Fallos* -“*Mosca*”-, 330:563), fenómeno que encuentra su razón de ser en la relación de consumo o, mejor expresado, en la riesgosa sociedad de consumo.

Se profundiza la sorpresa cuando el pensar recuerda que el discurso se enhebra esencialmente para proteger a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos. Ofende al principio protectorio leer: (i) “*restricciones*”, “*límites*”, que se imponen a las personas para acceder a la tutela

²⁹⁴ Todos los entrecomillados de este punto d. se leen en los fundamentos citados, p. 531.

preferencial; (ii) “carente de sustancialidad”; palabras vacías, paradójicamente, de toda sustancia argumental. ¿Por qué limitar, restringir? ¿Por qué la protección carece de sustancialidad? Resuena el silencio.

El espejo deformado de la falta de argumentación devuelve las palabras disonantes que no puede exhibir el lenguaje de la protección mínima. Límites, restricciones, protección que carece de sustancialidad: palabras ruidosas que provienen de una anacrónica voz que habla otro lenguaje, el lenguaje de la desprotección. Se cierra (o se intenta cerrar), sin ningún argumento, la puerta de la protección a numerosos potenciales consumidores, “expuestos” a padecer la tormenta del daño en la riesgosa sociedad de consumo.

Esta notable ausencia de argumentos —y el solitario ejemplo alegado, en el que se escucha la preocupada voz del asegurador (proveedor)— descubre, asimismo, que las críticas de la doctrina a la legislación especial de consumidores (Fundamentos citados) no es tal. En todo caso, es una minoritaria crítica de voces cuyos intereses no están, de más está decirlo, del lado de los consumidores. Es importante recordar, en tal sentido, que en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán (2011) se respaldó, por unanimidad, la figura del consumidor expuesto (conclusiones de la comisión 8); y, asimismo, en la edición XXIV de las mismas Jornadas (Ciudad de Buenos Aires, 2013), se elogió la figura y se aprobó un despacho de la mayoría que propició la declaración de inconstitucionalidad de cualquier intento legislativo que persiguiera su supresión.

III. Los derechos fundamentales de los consumidores

La lectura del título trae inmediatamente, al horizonte del pensar, las preguntas introducidas en el inicio de este capítulo. Conviene, por lo tanto, aproximarse a las respuestas antes de clasificar y enumerar a los aludidos derechos. Estos resultan, se ha dicho, una especie del género “derechos humanos”²⁹⁵ y han sido denominados derechos

²⁹⁵ Es pertinente aclarar que éstos se refieren, en prieta síntesis, a la protección de las personas por el avance del Estado y los poderes públicos (CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*. Parte general, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 56). Tales derechos, asociados a nobles palabras (Memoria, Verdad, Justicia), ocupan, felizmente, la

fundamentales²⁹⁶ por su reconocimiento en cartas constitucionales y tratados, de modo que su carácter *ius fundamental* proviene de su estatus constitucional²⁹⁷.

De ahí que, en efecto, se lee en el artículo 42 de la Constitución Nacional: “(l)os 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”.

Si bien resulta evidente que conviven, en el texto constitucional, derechos fundamentales de las personas en general (personalísimos)²⁹⁸ con derechos cuya razón de ser—estar se explica, precisamente, por la calidad de consumidor o usuario²⁹⁹, no parece relevante distinguirlos porque, al fin y al cabo, resultan derechos que se reconocen a la persona—consumidor.

Su reconocimiento por la Constitución pone de relieve la otra cara (necesaria, ineludible) de la vulnerabilidad que padece el habitante

escena judicial argentina. Es que —como es sabido— aún hoy se están juzgando a los autores de los aberrantes crímenes de *lesa humanidad* cometidos en la última, y sangrienta, dictadura cívico—militar que ennegreció al país.

²⁹⁶ Denominación más apropiada para designar, también, a los derechos humanos en tanto éstos excluyen, por definición, a los derechos de los animales. Un lúcido relato sobre tales derechos puede verse en: NUSSBAUM, Martha C., *Las fronteras de la Justicia*. Consideraciones sobre la exclusión, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 321–400.

²⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. en nota 20, p. 115.

²⁹⁸ Por ejemplo el derecho a la protección de la salud. Se lo incluye, dentro de los derechos personalísimos, como el derecho a la integridad física de la persona (CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 231–402.

²⁹⁹ V.gr. el derecho a la libertad de elección.

(consumidor) de la sociedad de consumo. En efecto, la base de su protección amplia (paradigma protectorio) es la noción de vulnerabilidad, que define el supuesto de hecho de la norma³⁰⁰. De ahí que el remedio, el piso mínimo de garantías constitucionales, pretende curar el mal de la debilidad (subordinación) estructural del consumidor.

Pertinente es resaltar, asimismo, que tal enunciación somete (y los derechos se convierten, por ende, en problemas jurídicos³⁰¹) a la legislación, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial a las normas de los derechos fundamentales, en tanto derecho de vigencia inmediata; e impone, asimismo, a través de este último poder, el control –que se ejerce, incluso *de oficio*, por todos los jueces³⁰²– de constitucionalidad de las normas.

No obstante tan categórica enunciación, ha sido lenta la concreción, recepción, de tales derechos en la doctrina judicial y, también, autorral. En el año 1995, a dos años de vigencia de la L.D.C. y a uno de la reforma de la C.N., se destacó, con todo acierto, que *“una lectura de la realidad muestra un consumidor olvidado, que desconoce esas normas y una inaplicabilidad generalizada”*³⁰³. Debí pasar más de una década (la expansión –explosión– ocurrió, en esencia, con la reforma introducida por la Ley 26.361³⁰⁴) para que los derechos

³⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial*. Fundamentos de derecho, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 310.

³⁰¹ ALEXI, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3ª reimpression, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 21.

³⁰² Al respecto, se ha dicho que el control de constitucionalidad de una norma es una cuestión de derecho que debe realizarlo el juez o tribunal aún de oficio (art. 31 C.N.; doctrina C.S.J.N. *in re* “Mill de Pereyra”, *Fallos*, 324:2319 y “Banco Comercial de Finanzas”, sent. del 19 de agosto de 2004) pues la Constitución no rige cuando alguien lo pide, sino siempre (S.C.B.A., L. 81.577, sent. del 8–6–2005; entre otras).

³⁰³ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. en nota 64, p. 124.

³⁰⁴ A partir de esta Ley, en tanto amplió la noción de consumidor, definió a la relación de consumo e introdujo figuras novedosas (v.gr. el trato digno y equitativo –art. 8 bis–, el daño directo –art. 40 bis–, los mal llamados “daños punitivos” –art. 52 bis–), las revistas jurídicas especializadas recibieron numerosos trabajos, y fallos comentados, de los autores. Los libros, los congresos, las jornadas, se multiplicaron, al compás de los fallos dictados por los máximos tribunales, en el escenario jurídico argentino.

fundamentales de los consumidores sean una **realidad efectiva** en los órganos administrativos, en la doctrina judicial³⁰⁵ y autoral.

Los derechos fundamentales enunciados pueden clasificarse en sustanciales³⁰⁶ –el texto constitucional pone el acento en éstos– y procesales. Los primeros tratan, en un primer movimiento de reconocimiento, del contenido de tales derechos y los segundos se ocupan, en un segundo movimiento de reconocimiento y concreción, de su efectiva realización e implementación. La conjugación de ambos movimientos muestra, naturalmente, la vigencia y efectividad de los aludidos derechos fundamentales.

1. Los derechos fundamentales sustanciales

1.1 El acceso al consumo o el derecho a “ser” consumidor y/o usuario

Un lector atento puede sorprenderse de la inclusión de este derecho. Es que no ha sido mencionado en el catálogo que muestra el art. 42 de la C.N.. Sin embargo, la doctrina autoral subraya –con razón– que el derecho de acceso al consumo es una *“prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población, su participación en el mercado”*³⁰⁷.

En términos más inclusivos, todo ser humano *“tiene garantizado el derecho a acceder a aquellos bienes que le permitan satisfacer sus necesidades básicas. Ello, además de ser una verdad*

³⁰⁵ La “lucha” por la conquista de tales derechos no ha cesado. Recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. – ley 24.240 y otro, s/amp. proc. sumarísimo [...]”; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN –SC– resol. 2925/99 y otros, s/proceso de conocimiento”; y “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A., s/sumarísimo”, sentencias dictadas el día 6 de marzo de 2014) ponen de relieve, en materia de derechos colectivos (individuales homogéneos), las dificultades de los tribunales inferiores para v.gr. reconocer la legitimación colectiva de las asociaciones.

³⁰⁶ En este capítulo solamente se presentarán los siguientes derechos fundamentales sustanciales: (i) a “ser” consumidor y/o usuario; (ii) a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; (iii) a una información adecuada, veraz, y a la libertad de elección; (iv) a condiciones de trato equitativo y digno.

³⁰⁷ STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 41.

*universal, surge de varios documentos internacionales de derechos humanos que han sido incorporados con máxima jerarquía a nuestro ordenamiento jurídico nacional por el art. 75 inc. 22, C.N.*³⁰⁸ Existe, por lo tanto, el derecho a *ser*, cuando la persona atraviesa adversas y extremas circunstancias, consumidor y/o usuario.

Ello sentado, el derecho del consumidor resulta una disciplina que garantiza el derecho fundamental de acceso al consumo en sus expresiones más elementales, básicas. Vale decir, aquellos bienes (por ej. la vivienda familiar, los servicios esenciales –agua potable, energía eléctrica, gas natural, cloacas–, los servicios de salud; etc.), que posibilitan una vida digna y adecuada, integran los bienes de consumo esenciales cuyo acceso es indispensable garantizar. Fecundo resulta, en este punto, el diálogo entre el paradigma de los derechos humanos –que implica poner en el centro a la persona³⁰⁹– y el derecho del consumidor.

En sintonía con tal reconocimiento, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires condenó, el día 3 de julio de 2013, a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean en un plazo que no exceda de los 60 días una vivienda adecuada a la familia constituida por la actora y sus cinco hijos menores de edad. Se ordenó, asimismo, a las accionadas que incluyan a la actora y su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia, el cual deberá hacerse efectivo a nombre de la actora³¹⁰.

En el caso, una madre, en situación de extrema vulnerabilidad, había promovido –por sí y en representación de sus cinco hijos menores– un amparo para que se les provea una vivienda digna para su grupo familiar y una renta básica para cada hijo. Los hechos, que se acreditaron en el proceso judicial, muestran el abismo de un modo de ser–estar desamparados, solos totalmente solos en la fría –o calurosa–

³⁰⁸ RUSCONI, Dante, en: ob. cit., p. 85.

³⁰⁹ MARTOCCI José María, *Los derechos están consagrados pero hay que conquistarlos de nuevo*, entrevista publicada en la revista *Vínculos* de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N.L.P.) año 5, n° 10, octubre de 2012, p. 3.

³¹⁰ S.C.B.A., A 70.138, sentencia del 3 de julio de 2013.

intemperie. En efecto (admitase el felizmente impropio, Justicia reparadora mediante, tiempo presente):

La actora está desocupada, vive en pareja con el padre de los menores (albañil, sin trabajo estable), y sus únicos ingresos derivan de “changas” que realiza el hombre. Conviven –junto con sus cinco hijos menores de edad– en una minúscula vivienda prefabricada de madera, levantada sobre un terreno cedido a préstamo, sin provisión de agua ni gas. El baño se halla en el exterior, sin instalar. Posee únicamente un dormitorio con dos camas, en las que duermen los siete integrantes, donde afirman que se sientan “para comer en las camas”. Los menores completan su alimentación concurriendo a un comedor escolar y con lo que les puede proveer Cáritas City Bell, institución que también les suministra ropa.

Importa recordar que, en el mismo sentido, una mujer, en situación de calle, que reside en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 2000, promovió un amparo con el propósito de que el gobierno local la incluya (junto con su hijo menor que padece una discapacidad motriz, visual, auditiva y social provocada por una encefalopatía crónica) en los programas en materia de vivienda y le proporcione, asimismo, alguna alternativa para salir de la situación en la que se encuentra.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, en este caso, ordenar al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que: (i) intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y (ii) garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada³¹¹.

³¹¹ C.S.N., “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, s/amparo”, sent. del día 24 de abril de 2012, en: La Ley, 2012-C, p. 220 y ss.

1.2 La protección de la salud, seguridad e intereses económicos

a. La lectura de este tríptico, inaugural en el texto constitucional, de los derechos fundamentales –salud, seguridad e intereses económicos– provoca, al reflexionar sobre su presentación conjunta, cierta vacilación ¿por qué tal enunciación? ¿No opaca el brillo del derecho humano, personalísimo, a la salud³¹² la aparición, sorpresiva (fallida), de los “intereses económicos”³¹³? ¿Se debe, por lo tanto, analizar y valorar a tales derechos en forma separada para asignarle a cada uno su importancia específica?

Es correcto, ciertamente, el discurso que los describe separadamente en tanto permite tematizarlos con sus notas más propias. Tal decisión aleja, además, la perplejidad inicial que ocasiona la proximidad *pragmática* de intereses que habitan mundos tan disímiles. Vale decir, el mundo de los derechos personalísimos cuyo centro es el sagrado altar de la persona (su bienestar psicofísico, espiritual, etc.) frente al mundillo de los derechos patrimoniales.

No obstante ello, resulta pertinente, en este sistema capitalista (post-capitalista o super-capitalista³¹⁴), la decisión de presentarlos en forma conjunta. Es importante señalar que los intereses económicos adquieren su esplendor, esencian su categoría de fundamentales, cuando su menoscabo afecta a un grupo de consumidores (derechos individuales homogéneos)³¹⁵. Insignificantes desde una perspectiva meramente individual pero sumamente

³¹² Reconocido en documentos internacionales que ha ratificado la Argentina (conf. art. 75 inc. 22, C.N.). Así, v.gr.: (i) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –art. XI–; (ii) Declaración Universal de Derechos Humanos –art. 25.1–; (iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –art. 12–.

³¹³ Palpita aquí la omnipotencia del dinero y su enorme poder para invertir, subvertir, trastocar y determinar lo inmediatamente dado, lo natural.

³¹⁴ DEL BARCO, Oscar, *Actualidad de la religión II*, Disponible en: <<http://www.espaciomurena.com>>. Acceso en: 6 de abril de 2014.

³¹⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación diferencia, en el precedente “Halabi” (*Fallos*, 332:111), los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de aquéllos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Recientemente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el precedente “López” (C.91.576, sentencia del 26 de marzo de 2014), reproduce la aludida diferencia.

relevantes por su dimensión colectiva³¹⁶ –pluralidad de afectados por una causa fáctica común– necesitan, para su adecuada tutela, de un proceso judicial especial (colectivo).

Por lo demás, el texto constitucional alienta la enunciación conjunta; y la poderosa presencia de esa gran máquina metafórica (el dinero), que se convierte en otras cosas (tiempo libre, música, vivienda digna, alimentación, vestimenta, servicios esenciales y un ilimitado etcétera), elimina toda objeción. La presentación conjunta importa, asimismo, reconocer el cordón umbilical que los une, inseparablemente, en la experiencia (en las conductas que interfieren en forma intersubjetiva). La estrecha e íntima relación que existe entre ellos se transparenta a la luz del análisis y valoración de los casos judiciales reseñados en el punto anterior.

La estrecha relación puede verse, asimismo, desde una perspectiva macroeconómica. En efecto, una comisión de economistas y científicos convocados por la Organización Mundial de la Salud señala que múltiples mediciones estadísticas muestran que invertir en salud (en la protección de tal derecho) es de altísima rentabilidad económica, multiplica por seis la inversión original. Se destaca, asimismo, que economías exitosas como Hong Kong, Taiwán, Singapur, Mauritania y Malasia han hecho fuertes y sostenidas inversiones en salud pública, de modo que, al aumentar la esperanza de vida y reducir la mortalidad infantil, aumentaron su crecimiento³¹⁷.

b. Los derechos fundamentales de marras han fecundado la L.D.C.. Numerosas normas son hijas de la necesidad de tutelarlos en forma preferente. Se los protege, en efecto, a través de prescripciones que ponen el acento en: (i) la ineludible idea de *prevención*; (ii) la posibilidad de concretar –ocurrido el incumplimiento o el daño– la *reparación* (v.gr. al objetivar la responsabilidad³¹⁸; al establecer el goce

³¹⁶ La doctrina autoral caracteriza al derecho de los consumidores como un derecho de incidencia colectiva (RUSCONI, Dante D., ob. cit., pp. 22/23).

³¹⁷ KLIKSBERG, Bernardo, *Los parias de la tierra*. Entre la miseria y la xenofobia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Página S.A., 2014, p. 36.

³¹⁸ Mejor dicho, al establecer el factor objetivo de atribución –por ej. riesgo o vicio de la cosa– de responsabilidad.

de la garantía legal³¹⁹, al ampliar los legitimados pasivos³²⁰, al imponer la solidaridad³²¹; y, asimismo, (iii) la disuasión de las conductas graves que afectan, claro está, a los consumidores³²².

Así, por ejemplo, en relación a las cosas y servicios, se regula que:

(i) *“...deben ser suministrados y 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”*³²³;

(ii) *“...(l)as cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o 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 [...]”*³²⁴;

(iii) *“...(s)i el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el*

³¹⁹ “Artículo 11 L.D.C. (texto según Ley 26.361). Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el art. 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.- La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo”.

³²⁰ Artículo 40 (texto según Ley 24.999; B.O. del 30 de julio de 1997).

³²¹ “Artículo 13 (según Ley 24.999) Responsabilidad. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el ar. 11”.

³²² “Artículo 52 bis (según Ley 26.361). Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley”.

³²³ Art. 5, L.D.C..

³²⁴ Art. 6, L.D.C..

*importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio [...] La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente de responsabilidad quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*³²⁵.

Algunos artículos protegen específicamente los intereses económicos de los consumidores³²⁶. Resulta pertinente agregar, entre otros, los siguientes:

(i) *"...(e)n los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir, la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede: a) pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características [...] b) devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas [...] c) obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder"*³²⁷;

(ii) *"...(t)odo servicio, tarea o empleo material o costo adicional, que se evidencie como necesario durante la prestación del servicio y que por su naturaleza o característica no pudo ser incluido en el presupuesto original, deberá ser comunicado al consumidor antes de su realización o utilización [...]"*³²⁸;

(iii) *"... (l)as empresas indicadas en el artículo anterior"*³²⁹ *deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora"*³³⁰.

c. Los tribunales más encumbrados de la Argentina, han aplicado en forma fructífera, en los últimos años, a las normas tuitivas de los citados derechos fundamentales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a los usuarios del servicio público de transporte

³²⁵ Art. 40, L.D.C..

³²⁶ Los ya citados arts. 11, 13, L.D.C..

³²⁷ Art. 17, L.D.C..

³²⁸ Art. 22, L.D.C..

³²⁹ "Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio" (art. 25, L.D.C.).

³³⁰ Art. 26, L.D.C..

(ferroviario, subtes), dictó significativos precedentes. Se presenta, a continuación, el último³³¹:

(*) Un pasajero, que viajaba en el pasillo cercano a la puerta del tren, se cayó a las vías y, por las lesiones sufridas, promovió una demanda de daños y perjuicios contra la empresa de transportes y el Estado Nacional. El judicante de primera instancia rechazó la demanda y la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia. El tribunal señaló, en relación al fondo del asunto, que la decisión de viajar en un lugar no autorizado, como era el pasillo cercano a la puerta del tren, era una circunstancia apta para configurar la eximente de responsabilidad de la demandada, en razón de que existía la imposibilidad material de que el personal de la empresa pudiera cerciorarse acabadamente de que algún pasajero imprudente se hubiere ubicado en zonas no autorizadas o peligrosas para su integridad física. Agregó, asimismo, que tanto la conducta desplegada por el actor al bajar del tren en cada estación y volver a subir sin razón que lo justificase, como viajar en un lugar inapropiado y riesgoso, habían sido factores más que desencadenantes en el acaecimiento del hecho, configurándose la culpa absoluta de la propia víctima.

La Corte nacional, al resolver la queja que dedujo el actor porque se le denegó el recurso extraordinario federal, concluyó —en lo que aquí importa— que en autos no se encuentra controvertida la calidad de pasajero del actor ni que las lesiones sufridas por este último han sido consecuencia de su caída a las vías del tren, de modo tal que correspondía a la empresa demandada demostrar los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder) para poder interrumpir el nexo causal y exonerarse de responsabilidad, ya que por la obligación de seguridad que le compete debía trasladar al pasajero sano y salvo al lugar de destino, derecho previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios³³².

³³¹ Desde el precedente “Ledesma” (*Fallos*, 331: 819), sentencia del día 22 de abril de 2008, la Corte revocó pronunciamientos de tribunales inferiores que soslayaron las normas constitucionales que protegen a los consumidores. Así: “Uriarte Martínez” (*Fallos*, 333:203), sent. del 9 de marzo de 2010; “Montaña”, sent. del 3 de mayo de 2012; y “Montoya” citado en el texto.

³³² Su remisión a: *Fallos*, 331:819; 333:203.

La interpretación de la obligación de seguridad –adunó– que tiene causa en el contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada con sustento en el derecho a la seguridad previsto para los consumidores y usuarios en el art. 42 de la Constitución Nacional. Expresó también que la incorporación del vocablo seguridad en la Carta Magna, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso: la vida y la salud de los habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos, extremo que se ha omitido considerar en la decisión en crisis³³³.

No puede soslayarse –prosiguió– que el deber de la empresa de transporte ferroviario demandada de extremar al máximo las precauciones para evitar situaciones de riesgo para los usuarios, no fue un tema evaluado debidamente por la cámara, que prescindió del criterio regulador previsto normativamente, que le impone el deber de extremar las previsiones para el estricto cumplimiento de las leyes y reglamento dictado en amparo de las posibles víctimas para quienes, de lo contrario, el resarcimiento resultaría ilusorio en la mayoría de los casos³³⁴. Concluyó, por último, que la sentencia impugnada no satisface las condiciones de validez de las decisiones judiciales, ya que ha omitido considerar las previsiones constitucionales que protegen a los consumidores, aplicables al caso, por lo que corresponde revocar la decisión apelada en este aspecto³³⁵.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con respecto a los daños padecidos por automovilistas (usuarios de corredores viales), por la aparición de animales sueltos u otros obstáculos, en autovías concesionadas por el sistema de peaje, aplicó – en varios precedentes³³⁶– las normas protectorias de los derechos

³³³ Remite a: *Fallos*, 331:819; 333:203 y causa M.328. XLVI “Montaña, Jorge Luis c. Transportes Metropolitanos General San Martín s/daños y perjuicios”, sentencia del 3 de mayo de 2012.

³³⁴ Conf. *Fallos*, 333: 203.

³³⁵ C.S.N., S.C.M. N° 598; L.XLVI, “Montoya, Mauricio Javier c. Transportes Metropolitanos General San Martín S.A. y otros, s/daños y perjuicios”, sentencia del 26 de marzo de 2013, en La Ley, 2013-C, 406 y ss..

³³⁶ A partir de “Castro” (C.79.549, sent. del 22 de diciembre de 2008) le siguieron: “Bissio de Vigil” (C.99.668, sent. del 22 de abril de 2009); “Monteiro” (C.87.846, sent. del 11 de

fundamentales. Importa aclarar que el máximo tribunal provincial abrevó, para elaborar su doctrina legal, en las enseñanzas que emanan de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³³⁷. Se reseña, en apretada síntesis, el último pronunciamiento conocido:

(*) La injustificada existencia, en la ruta concesionada, de unas escaleras que obstruían el normal transitar de los automotores resultó, a la postre, la causa adecuada de los daños padecidos por el accionante (automovilista). Es que los tribunales inferiores –judicante de primera instancia y Cámara departamental– concluyeron que la demandada debió acreditar el hecho alegado que –supuestamente– imposibilitó la remoción del obstáculo, esto es: el breve tiempo que las escaleras permanecieron sobre el pavimento antes del accidente. La empresa concesionaria dedujo, frente a lo así decidido, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal y cuestionó, en lo que aquí interesa, la imposición de tal prueba –la calificó de diabólica– pues, a su entender, la actora debió probar que los objetos que estaban en la ruta permanecieron un largo tiempo sin ser removidos y fueron los causantes del accidente.

La Casación provincial, a través del voto del doctor de Lázari³³⁸, destacó que la cuestión debatida debe encuadrarse en el terreno del derecho del consumo, ámbito que preside un sistema de protección especial por la posición de inferioridad que sustenta el usuario y en el que está alcanzado por los principios y normas de la L.D.C. –arts. 3, 5 y

noviembre de 2009); “Ottaviano” (C. 95.114, sent. del 17 de febrero de 2010); “Bucca” (C.85.246, sent. del 3 de marzo de 2010); “Regis” (C.83.158, sent. del 3 de marzo de 2010); “Otero” (C.85.774, sent. del 5 de mayo de 2010); “Rodríguez” (C.89.548, sent. del 1 de setiembre de 2010); “Barreiro” (C.95.629, sent. del 6 de octubre de 2010); “Scioli” (C.99.018, sent. del 3 de noviembre de 2010); “López” (C.88.114, sent. del 24 de agosto de 2011);

³³⁷ Que se consolidaran en el precedente “Bianchi” (*Fallos*, 329: 4944), sentencia del día 7 de noviembre de 2006. Se dejó claramente de lado, a partir de tal fallo, la restrictiva –e injusta– doctrina que establecía la ausencia de responsabilidad de las empresas concesionarias por los daños padecidos por los usuarios, frente a la súbita aparición de animales sueltos, en las rutas concesionadas (“Colavita”, sent. del 7 de mayo de 2000 –*Fallos*, 323:318–; “Rodríguez”, sent. del 9 de noviembre de 2000 –*Fallos*, 323:3599–; “Expreso Hada S.R.L.”, sent. del 28 de mayo de 2002 –*Fallos*, 325:1265–; y “Greco”, sent. del 16 de octubre de 2002)

³³⁸ En el mismo sentido votaron los ministros Negri –voto ponente–, Hitters –explicitó sus propios argumentos–, Genoud y Soria.

37 segundo párrafo— en concordancia con los postulados de protección de la salud y beneficio de la seguridad insertos en el texto constitucional tras la reforma de 1994 en el art. 42.

La concesionaria asume, en tal sentido, la obligación objetiva de seguridad de origen legal e integrada a la relación contractual que los une y, por lo tanto, trae la legítima expectativa de que asegurará la indemnidad física y patrimonial durante la circulación por la ruta concesionada. Las obligaciones que pesan a cargo de la concesionaria en el sentido de mantener la fluidez del tránsito en todo momento, la continua operatividad del acceso salvo caso fortuito o fuerza mayor, y la previsión de que producido un acontecimiento que impida la normal circulación vehicular la empresa deberá adoptar las medidas de emergencia necesarias para lograr la reanudación del tránsito en el menor lapso posible. Siendo ello así, la concesionaria al haber asumido un deber de custodia propio de la actividad ejercida que involucra en su cometido prestaciones tales como la vigilancia permanente de las rutas, la reposición de obstáculos y de elementos peligrosos, implica que la obligación de seguridad a cargo del concesionario genera una responsabilidad objetiva de resultado consistente en que el usuario debe llegar sano y salvo al final del recorrido.

En definitiva —concluyó el ministro—, la demandada no probó los extremos que podían justificar su exoneración (ni tampoco acreditó la culpa de la víctima o la de un tercero por la que no debe responder). Y esa omisión conduce inexorablemente a aplicar la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables. La interesada dejó de aportar el material probatorio pertinente y por tanto asumió el riesgo de una decisión desfavorable si no la producía.

1.3 El derecho a una información adecuada, veraz; y a la libertad de elección

La Ley fundamental identifica el déficit esencial que atraviesa a los frágiles consumidores en la sociedad de consumo. El saber, que es

poder, se encuentra estructuralmente mal distribuido pues lo portan, por múltiples razones, los proveedores. De manera que, en pos de reducir tal ostensible vulnerabilidad que impide realizar elecciones libres y fundadas, se reconocen tales derechos fundamentales.

La L.D.C. los tutela expresamente (obsesivamente) en numerosas normas³³⁹. Las más significativas establecen que:

(i) *“...(e)l proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.- La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”*³⁴⁰;

(ii) *“...(l)a oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.- La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer [...]”*³⁴¹;

(iii) *“...(l)as precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor [...]”*³⁴²;

(iv) *“...(e)n los casos previstos en los arts. 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada.- El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor.- Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria [...]”*³⁴³;

³³⁹ Los arts. 9, 10, 10 ter, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 25, 30 bis, 32, 36, 37 y 38 de la L.D.C. resguardan, en distintos supuestos, tales derechos.

³⁴⁰ Art. 4, L.D.C. (texto según Ley 26.361). En similar sentido, art. 1100 del nuevo Código.

³⁴¹ Art. 7, L.D.C.. Id., art. 1103 del nuevo Código.

³⁴² Art. 8, L.D.C..

³⁴³ Art. 34, L.D.C. (texto según Ley 26.361). En similar sentido, arts. 1110 y 1111 del C.C.C.N..

(v) “... (q)ueda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice [...]”³⁴⁴.

En sintonía con tan amplio reconocimiento, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (en el precedente “Lucero”³⁴⁵) confirmó la sentencia de la Cámara departamental que había ordenado, al acoger el amparo colectivo promovido por un consumidor –en ejercicio de la legitimación grupal reconocida por el art. 43 de la Constitución nacional–, a las estaciones de servicio de la ciudad de Junín se abstengan de cobrar a los consumidores el plus (0,15 centavos más IVA por litro de combustible) por “servicio de playa”.

Para así resolverlo, el alto tribunal argumentó, en prieta síntesis, que una de las prerrogativas fundamentales reconocidas a los particulares en el ámbito de las relaciones de consumo (contracara del deber que paralelamente se coloca en cabeza de los empresarios), es el derecho a una información adecuada y veraz (arts. 42 de la C.N.; 38, C. prov.) es decir, a ser nutrido de elementos ciertos y objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto respectivo (art. 4 de la L.D.C.).

Se trata de una herramienta basilar del sistema protectorio de marras, justificada en la desigualdad material que caracteriza a los partícipes de las relaciones de consumo³⁴⁶. La información exigida por ese marco normativo –adunó– debe tener aptitud para colocar al cocontratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado en el negocio. En tal sentido, la información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados.

No caben dudas –señaló– de que uno de los elementos esenciales sobre los que debe recaer dicha información, es el precio, aspecto fundamental de cualquier transacción mercantil y que goza de una tutela específica relativa al modo en que debe ser publicitado.

³⁴⁴ Art. 35, L.D.C..

³⁴⁵ S.C.B.A., C. 102.100, sent. del 17 de setiembre de 2008

³⁴⁶ Se cita: C.S.N., *Fallos*, 321:3345.

Destacó, después de transcribir las normas que imponen tal deber, que la claridad y transparencia en la determinación del monto final a abonar por litro de combustible resulta un valor primordial en nuestro ordenamiento, destinado a garantizar la adecuada información del cliente al momento de ingresar en una estación de servicio, sobre un aspecto primordial del negocio a celebrarse. Es aquí donde puede advertirse patentemente la infracción normativa que conlleva la conducta de las demandadas: colocar un “plus” al precio por unidad de combustible expendido sin cumplimentar las exigencias apuntadas. Recaudos que, en definitiva, imponen simplemente el deber de indicar de modo claro y dando cumplimiento a precisas normas de estilo, cuánto es el monto final a abonar por litro.

En resumen –concluyó–, se advierte por parte de las accionadas una infracción de la citada normativa sustancial, destinada a la salvaguarda del derecho a la información al consumidor. Dicha vulneración se concreta con la colocación artificial de este “plus” por un servicio inescindible del producto adquirido, como un capítulo independiente y no adicionado al precio final por litro publicado y exhibido de conformidad con las exigencias legales.

1.4 El derecho a condiciones de trato equitativo y digno

El trato que reciben los consumidores puede ser inequitativo, indigno. Es que la sociedad de consumo resulta un campo propicio, fértil, para sembrar, en su alocado vértigo, la falta de respeto, la negación del otro, el desprecio por el débil. No hay que olvidar, en tales circunstancias, que las “*furias del interés privado*” son “*las más violentas, mezquinas y aborrecibles pasiones del corazón humano*”³⁴⁷.

No hay que olvidar que los proveedores introducen sus condiciones en el mercado y en la sociedad de consumo. Portadores del saber, del poder y de sus intereses (que naturalmente tienden a maximizar las ganancias), deciden acerca de las circunstancias, de cómo con–jugar, o hacer jugar, significativos verbos (contratar, comercializar, proveer, distribuir, tratar, atender, exigir, reclamar, cobrar, solucionar, etc.). En este entramado asimétrico, no es improbable que los

³⁴⁷ MARX, Karl, *El capital: el proceso de producción del capital*, 1ª ed. 5ª reimp., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, pp. 8/9.

poderosos, al decidir cómo tratar a los consumidores, olviden que la dignidad de la persona es un sagrado altar frente al cual se deben arrodillar (art. 51 del nuevo Código).

Resulta paradigmática, para proteger tal derecho, la norma incorporada por la Ley 26.361. Señala, en efecto, el art. 8 bis de la L.D.C.: *“... (l)os proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a los señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.- En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.- Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”*³⁴⁸.

En tal sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó, en el precedente “Marchinandiarena”³⁴⁹, la decisión de una Cámara departamental que había condenado (a pagar una multa civil y reparar el daño moral) a una empresa proveedora del servicio de telefonía celular por discriminar al cliente y, asimismo, por infringir el art. 8 bis de la L.D.C.. En el caso, el actor concurrió a uno de los locales de la empresa para formular un reclamo y fue atendido, al no poder ingresar al mismo porque no había una rampa de acceso para discapacitados, en la vereda (la temperatura era muy baja) pese a su insistencia para que se lo atienda, como a cualquier persona, dentro de la oficina. El accionante, haciendo pie en tales hechos (especialmente por la atención recibida a la intemperie, la ausencia de rampa y la

³⁴⁸ Los arts. 1097 y 1098 del C.C.C.N. regulan de un modo parecido estos supuestos (trato digno/ equitativo y no discriminatorio).

³⁴⁹ S.C.B.A., C.109.005, sent. del 6 de noviembre de 2012.

negativa a ayudarlo que configuraron, a su entender, un trato indigno), solicitó la aplicación de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de la L.D.C. y la reparación del daño moral sufrido.

El máximo tribunal provincial concluyó, en lo atinente a la multa impuesta, que de la comisión de un hecho ilícito –el acto discriminatorio– pueden originarse diferentes consecuencias o efectos jurídicos, más aún cuando los reclamos no son incompatibles entre sí³⁵⁰. Además, la violación de los deberes impuestos por los arts. 42 de la C.N. y 8 bis de la L.D.C. se refieren a comportamientos vinculados a la relación de consumo, esto es, a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas poscontractuales; y como la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, resulta lógico que frente a su violación se originen no sólo la infracción de la L.D.C., sino también la de otras normas previstas en leyes especiales: tal el caso del trato discriminatorio y lo regulado por la ley 23.592.

IV. Síntesis del capítulo

El presente capítulo se estructuró sobre las palabras conductoras que se desprenden de su título. El discurso se detuvo: (i) en el consumidor, para mostrar quién es el sujeto que puede exigir el respeto de sus derechos fundamentales y, asimismo, quiénes son los excluidos, lamentablemente, del principio protectorio; y (ii) en la presentación de los derechos fundamentales (reconocidos en la Ley fundamental) a la luz de un doble movimiento de concreción (legislativo y judicial) que permite valorar la vigencia y efectividad de tales derechos.

En el capítulo II, se destacó que la existencia del consumidor está atravesada por su vulnerabilidad estructural que llama naturalmente a la necesidad de su defensa. De ahí las esperadas respuestas: el nacimiento de los derechos fundamentales, de la disciplina del derecho de los consumidores. La persona que debe ser protegida es, en suma, el consumidor en su frágil tránsito existencial por la sociedad de consumo.

³⁵⁰ Se citan los arts. 499, 896, 1066 y concs., Código Civil; 1, 3, 8, 52 bis, L.D.C..

Se señaló, en el punto 2.1, que el art. 42 de la Constitución nacional reconoce una categoría de personas (consumidores, usuarios) necesitadas de tutela preferencial y que los derechos fundamentales que enumera residen en la “relación de consumo”, en ese *ahí relacional*.

Se explicitó, asimismo, en el punto 2.1.1, que la “*relación de consumo*” mentada por la norma constitucional es el ámbito relacional, la sociedad de consumo, en el cual “viven” tales derechos. Se intentó mostrar que tal expresión exhibe, en el texto constitucional, una extensión mayor al vínculo jurídico, es decir a la obligación de consumo que mencionan la L.D.C. y el nuevo Código, en tanto tales derechos deben protegerse aún antes del nacimiento de tal vínculo. Es que comprende, también, a las fuentes de las obligaciones de consumo y a los derechos fundamentales que se reconocen independientemente de la existencia de un vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor.

Se argumentó, en el punto 2.1.2, para demostrar que la relación de consumo definida en el art. 3 la L.D.C. es, en rigor, una obligación de consumo. Ello sentado, se afirmó la importancia de recuperar las consolidadas categorías que provienen del Código Civil (ahora, y Comercial), de su teoría general de la obligación, para eliminar incoherencias y ordenar de un mejor modo el estatuto de los consumidores. En el punto 2.1.3 se subrayó que la noción legal de consumidor permitía incluir en el paraíso protectorio, esencialmente a través de la fecunda idea de “*consumidor (usuario) expuesto*”, a un amplio universo de habitantes “vulnerables”. Se criticó, asimismo, la exclusión de los profesionales liberales como proveedores y, con acritud, la eliminación del nuevo Código, como noción general, de la figura del *consumidor expuesto*.

Por último, se presentaron, en el cap. III, los derechos fundamentales de los consumidores. En los puntos siguientes, se analizaron éstos: (i) a “ser” consumidor; (ii) a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; (iii) a la información y libertad de elección; y (iv) a condiciones de trato equitativo y digno. Se mostró, también, la concreción legislativa de tales derechos (L.D.C.) y, asimismo, la judicial a través de los fallos de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación precedentemente reseñados.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ALEXI, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALTAMIRANO, Carlos, en Ñ Revista de Cultura, Clarín, n° 181, 17 de marzo de 2007.
- AFTALIÓN Enrique R. –VILANOVA José M. – RAFFO Julio C., *Introducción al derecho*, Nueva versión 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- BAUDELAIRE, Charles, *Las flores del mal*, 5 ed., Buenos Aires, Losada, 1968.
- BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- *Mundo consumo: ética del individuo en la aldea global*, Buenos Aires, Paidós, 2010.
 - *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, 1ª ed., Barcelona, Gedisa, 2000.
- BARBERO, Ariel, *La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001.
- BARRUTTI, Soledad, *Mal comidos*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Planeta, 2013.
- BAUDILLARD, Jean, *A sociedade do consumo*, Lisboa, 70, 1981.
- BECX, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*, Barcelona, Paidós, 2008.
- BENJAMÍN, Antonio H., *El derecho del consumidor*, Jurisprudencia Argentina, 1993–II, p. 913.
- BERIZONCE, Roberto O., *Tutelas procesales diferenciadas*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, 1ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 1998.
- BINOCHÉ, Juliette, en *La Nación –Revista*, del 18 de marzo de 2007.
- BORGES, Jorge Luis, *El Aleph*, cuento *El Zahir*, 51ª reimpresión, Buenos Aires, Emecé, 1993.
- *Obras completas, El libro de Arena* (1975), cuento “*El soborno*”, Buenos Aires, Emecé, 1989.
- BUBER Martín, *Yo y tú*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994.
- BRU, Jorge M. *Educación y formación del consumidor (reflexiones sobre la conciencia del consumidor)*, en: STIGLITZ, Gabriel A. – Director, *Manual*

de *Defensa del Consumidor*. Ley 24.240. Diez años de vigencia, 1ª ed., Rosario, Juris, 2004.

CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 1ª ed., La Plata, Editora Platense, 1969.

CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*. Parte general, 2ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1999.

- *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995.

COMPAGNUCCI DE CASO Rubén, *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

COROMINES Joan, *Breve diccionario etimológico*, 1ª ed., Buenos Aires: Del Nuevo Extremo, España: Gredos, 2009.

COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

- *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954.
- *La plenitud del ordenamiento jurídico*, ed. facsimilar de la 2a ed., Buenos Aires, Los Andes, 2005.
- *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987.

CUETO RUA, Julio C., *Seguridad Jurídica*, LA LEY, 1994-A, 743.

DE GÁSPERI, Luis – MORELLO, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil II, Obligaciones en general*, Buenos Aires, tea, 1964.

DEL BARCO, Oscar, *Actualidad de la religión II*, Disponible en: <<http://www.espaciomurena.com>>

DESHIMARU, Taisen, *Preguntas a un maestro zen*, Argentina, Troquel S.A., 1992.

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II. Las relaciones obligatorias. 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996.

GALDÓS Jorge M., *La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto*, LA LEY, 2012-C, p. 1254.

GARGARELLA, R., *Presentación Volver a Duncan Kennedy* en: KENNEDY, Duncan *LA ENSEÑANZA DEL DERECHO como forma de acción política*, Buenos Aires, siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2012.

FRUSTAGLI, Sandra A., *Conexiones entre la noción de proveedor y los legitimados pasivos en la ley de defensa del consumidor*, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-I, Consumidores, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

- GHIBOURG, Ricardo A. – GHIGLIANI, Alejandro M. – GUARINONI, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico*, 2 reimp., Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- GIORGIANI, M., *La obligación*, Bosch, Barcelona, 1958.
- HEIDEGGER, Martín, *Ser y Tiempo*, 1ª ed., Santiago de Chile, Universitaria, 1997.
- *Conceptos fundamentales*, Barcelona, Altaya, 1994.
- HIGHTON, Elena I., *Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial*, LA LEY, ejemplar del 13 de abril de 2015, p. 1.
- HOCKL, María Cecilia, *Las asimetrías sociales y la mediación del derecho*, La Ley, ej. del 9 de junio de 2006.
- IBARLUCÍA, Emilio A., *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o Ley provincial?*, LA LEY, 2014-D, p. 739.
- IGLESIAS, Graciela, *Cuando el bolsillo pesa más*, en diario La Nación, 27 de marzo de 2007.
- JUSTINIANO, *Instituciones de Justiniano*, 2 ed., Buenos Aires, Heliasta, 2005.
- KLIKSBERG, Bernardo, *Los parias de la tierra. Entre la miseria y la xenofobia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Página S.A., 2014
- LEONARD, Annie, *La historia de las COSAS: de cómo nuestra obsesión por las cosas está destruyendo el planeta, nuestras comunidades y nuestra salud. Y una visión del cambio*, 1ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, Universidad de Salamanca, 2002.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 5ª edición actualizada por Patricio RAFFO VENEGAS, Buenos Aires, Perrot,
- *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, decimocuarta ed., Buenos Aires, Perrot,
 - *Código Civil Anotado*, Doctrina – Jurisprudencia, Tomo II–A, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1979.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Las normas fundamentales de derecho privado*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 1995.
- *Consumidores*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2003.
 - *Teoría de la decisión judicial*. Fundamentos de derecho, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006.

MARTÍNEZ, Jorge Pablo, *La unificación de los ámbitos (contractual y extracontractual) de responsabilidad en el Proyecto*, AbeledoPerrot Buenos Aires, 2013-6-693.

- *La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial. Sus dilemas*, 1ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2016.

MARTÍNEZ SARASOLA, *la Argentina de los caciques. O el país que no fue*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2012.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, *La obligación de informar al consumidor. El paradigma de la precaución*, LA LEY, ejemplar del día 19 de febrero de 2013.

MARX, Karl, *El capital: el proceso de producción del capital*, 1ª ed. 5ª reimp., Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, Buenos Aires, Zavalia, 2004.

MORO, Guillermo, *I am the walrus: abogacía y derechos sociales (fragmento de algo)* en: *Los derechos sociales en la gran Buenos Aires*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2013.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Introducción al derecho del consumidor*, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2004-5, Consumidores, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2004.

- *Derecho Civil Constitucional*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2011,

MOSSET ITURRASPE – WAINTRAUB, *Ley de defensa del consumidor*, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008.

NEGRI, Héctor, *La responsabilidad civil como problema antropológico*, en: *La responsabilidad–homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldemberg*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Barcelona, Altaya, 1993.

NUSSBAUM, Martha C., *Las fronteras de la Justicia*. Consideraciones sobre la exclusión, Barcelona, Paidós, 2007.

ONS, Silvia, *Casting amoroso*. Disponible en: <http://www.elsigma.com.ar>.

PASQUAU LIÑAO, *Contratante débil: ¿Qué debilidad?*, Universidad de Salamanca, enero de 1999.

PAZ, Octavio, fragmentos en Ñ, *Revista de Cultura*, Clarín, n° 181, 17 de marzo de 2007.

PIZARRO Ramón D. – VALLESPINOS Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

REZZÓNICO Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1961.

RICOEUR Paul, *Lo justo*, 2ª ed., Madrid, Caparrós Editores, 2003.

RUSCONI, Dante D. – Coordinador, *Manual de Derecho del Consumidor*, 1ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.

SALAS, Acdeel E., *Obligaciones, Contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

SANTA BIBILIA, Reina-Valera, 1995.

STIGLITZ, Gabriel A., *Obligaciones. Parte General*, 1ª ed., Santa Fe, Juris, 1994.

STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., *Derechos y defensa del consumidor*, Buenos Aires, La Rocca, 1994.

SUPIOT, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, 1ª ed., siglo veintiuno editores, 2007.

VILANOVA, José Manuel, *El concepto de fuentes jurídica*, El Derecho, To. 137, p. 975

– *El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

WAYAR, Ernesto C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

WEINGARTEN, Hans, *Los educadores*, 2004.

ZAIAT Alfredo, *Desahuciados*, en Página 12, 17 de noviembre de 2012.

ŽIŽEK, Slavoj, *Cómo leer a Lacan*, 1ª ed., Buenos Aires, Paidós, 2008.

Dirección de Comunicación
y Ediciones Propias
EXTENSIÓN UNIVERSITARIA



Facultad de Ciencias
JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA

ISBN 978-950-34-1412-5



9 789503 414125