

EL CONTEXTO IDEOLÓGICO Y SOCIOECONÓMICO DEL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

Por **Carlos A. Ghersi**

“La verdad objetiva o absolutamente cierta es una ingenuidad epistemológica”.

Luigi Ferrayoli, *Derecho y razón*

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Análisis del modelo contractual proyectado. 3.- El modelo de responsabilidad que sustituye al modelo de reparación de daños. 4.- Nuestra conclusión.

1.- Introducción

El compromiso de legislar implica asumir un determinado rol que es derivado de un lineamiento político-ideológico y conteste con un “dispuesto” marco socioeconómico, sin el cual no se podría cumplir la función encomendada. (“Es famoso el pensamiento de Napoleón Bonaparte, ampliamente confirmado por los hechos: ‘Mi gloria no es haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada destruirá, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil’”. Así lo expresó la Comisión redactora en la nota de elevación al Sr. Ministro de Justicia de la Nación 18-12-98).

(*) Trabajo publicado en la revista *Instituta* del Colegio de Abogados de Junín. Año 4, N° 15, pág. 9.

Dicho en palabras más simples, si acepto asumir la **función** quedo **comprometido** con mis mandantes, pues lo he hecho desde el **compromiso** de mantener una **coherencia** de pensamiento, es decir, esa asunción la hago desde la voluntad de **pertenencia**.

Decía Antonio Gramsci al respecto, cuando aludía a quienes serían los encargados de elaborar las leyes y las constituciones: “no es muy serio escoger los adversarios, pues son las voluntades contradictorias y debemos presumir en ese caso que se ha destruido todo...” (*La política y el Estado Moderno. Notas críticas sobre un intento de ensayo popular de sociología*, Instituto Gramsci, Ediciones 62, Roma, págs. 29/30).

Nadie, supongamos, puede asumir un compromiso legislativo si no **pertenece** a aquel **contexto** del encomendante, salvo que se trate de un conjunto de legisladores de distintas ideologías y líneas económico-sociales diferentes, es lo que se denomina la **democracia consensuada o negociada** (Couffignal, Georges, *Democracias posibles. El desafío latinoamericano*, F. C. E., Venezuela, 1993, pág. 114).

Analicemos los casos de Vélez Sársfield y de Guillermo Borda, nuestros dos legisladores máximos de la historia del Derecho Privado.

En cuanto al primero (don Dalmacio Vélez Sársfield), a quien he criticado sistemáticamente, ha sido de una coherencia estricta desde la pertenencia **homogénea y monolítica a la política e ideología** de su tiempo y lugar histórico, y esto es inobjetable.

Hace muy poco, con motivo de habernos requerido el Dr. Luis Moisset de Espanés un trabajo para la celebración de los doscientos años del nacimiento del Dr. Vélez Sársfield, hemos demostrado parte de esa **pertenencia** en el tratamiento del **derecho de propiedad**, conforme a la manera de **adquirirse** ésta y al **modo de producción** por terratenientes y hacendados/ganaderos, que necesitaban precisamente una definición fuerte del derecho de propiedad, así como un modelo cautivo de contratación con las ficciones de la libertad, igualdad y autonomía de la voluntad (Rofman, Alejandro y Romero, Luis, *Sistema socio-económico y estructura regional en la Argentina*, Amorrortu Editores, Bs. As., 1997, págs. 75 y sgtes.).

No menos se puede decir del sistema de **responsabilidad**, al que planificó desde el **subjetivismo** como un **elemento** de disciplinamiento social (al gaucho, al indio o a la servidumbre, etc.) y de protección a los dueños de la tierra y la explotación ganadera (Archetti, Eduardo, *Sociología rural argentina. Estudios en torno al campesinado*, Centro Editor de América Latina, Bs. As., 1993, pág. 155).

Se corresponde con la generación de Alberdi y su tiempo (Bosch, Beatriz, “La generación de 1837 y la génesis constitucional argentina”, *Palabra y Persona*, octubre 1997, Centro Argentino de P. E. N. Club Internacional, Bs. As., pág. 15), hombres que tuvieron que **fundar el hábitat ideológico** llamado “Estado”, que definieron un **modelo** de Nación agroexportadora mirando a Europa y especialmente a Inglaterra (D’Amico, Carlos, *Buenos Aires y sus hombres, su política -1860/1890*, Centro Editor de América Latina, Bs. As., 1977, pág. 11).

Vélez Sársfield lo hizo desde el Derecho Privado, siguiendo el modelo más típico del **capitalismo naciente**, el Código de Napoleón, último fruto de la revolución de los burgueses, de 1789 (Lefebvre, George, *La revolución francesa y el imperio*, F. C. E., México, 1986, pág. 44).

Don Guillermo Borda, de profundas raíces en el nacionalismo católico instaurado durante el gobierno del general Onganía, elabora un **Código** producto de esa **tendencia** de la clase gobernante de su tiempo y su lugar: la reivindicación del **ser humano** a partir de la piedad de la Doctrina Social de la Iglesia; el constitucionalismo social y el corporativismo sindical, que volvía a la escena de la mano de Onganía, etc. (conf. antecedentes a nivel mundial en Polanyi, *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, F. C. E., México, 1992, pág. 223; en la Argentina, ver James, Daniel, *Resistencia e integración. El peronismo y la clase trabajadora en la Argentina 1946-1976*, Sudamericana, Bs. As., 1990; Zorrilla, Rubén H., *El liderazgo sindical argentino*, Hyspamérica, Bs. As., 1988).

La **advertencia del contratante débil** como presupuesto **sociológico real** en los modelos de estructuras de adhesión (art. 954 del CC), la relativización del derecho de propiedad (art. 2513 del CC) y la instauración de un modelo de **derecho de daños** antes que de un sistema de responsabilidad (arts. 1113, 907, 2618, 1071, etc.) fueron algunas de las **muestras** de esa pertenencia histórico-ideológica así como al Estado de Bienestar keynesiano por parte del autor de la reforma de 1968 (Gherzi, Carlos y colab., *Teoría general de la reparación de daños*, 2da. edición, Astrea, Bs. As., 1998, pág. 7).

La **continuidad jurídico-ideológica** se plasmó en el Proyecto de Reforma de Código Único de 1987 (verbigracia, artículo que amplía el factor de atribución a la actividad riesgosa, o el 2176, que incorpora la responsabilidad en bloque frente al consumidor, etc.) y luego continuó en la ley 24240 de Defensa de los Derechos del Consumidor y, por último, en la Reforma de 1998 por la ley 24999.

Es una **línea de pensamiento de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia progresista de todo el país**, plasmada en esos instrumentos de manera escalonada y sucesiva (ver Stiglitz, Gabriel en Colección “Derecho del Consumidor”, Juris., Rosario. Recomendamos la lectura minuciosa de los nueve volúmenes pues es casi una historia argentina del derecho del consumo, con la sabida autoridad, prestigio y profundidad de su director).

La década de los noventa tuvo sus **incorporaciones neoliberales** a partir del veto a los arts. 13 y 40 de la Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores, la ley 24441, etc., en lo judicial, el acompañamiento de la Corte Suprema, verbigracia, los fallos Pepsi Cola, Peralta, y en la Cámara Nacional en lo Comercial, la sentencia del caso Duna (ver Nasio, Ricardo, *El consumidor. Conflictos y soluciones*, Ediciones del país, Bs. As., 1999).

La actual modificación, propuesta a fines de 1998 y tan debatida durante 1999, sigue esta última línea de pensamiento (acaece lo mismo que con Vélez Sársfield y Guillermo Borda, en su tiempo y lugar historiográficos) e intentaremos demostrar que se trata de un **proyecto neoliberal**, lo cual sólo indica

una **pertenencia** ideológica a un contexto socioeconómico y simplemente eso (un plano poco difundido en la Argentina desde el análisis de la historia de las ideas. Ver Naun Minsburg, “América Latina ante la globalización y transnacionalización de la economía”, *Realidad económica* N° 151, Instituto de Desarrollo Económico, Ed. I. A. P. D. E., Bs. As., 1997, pág. 148).

Quiero señalar, por último, un aspecto sobre el cual se ha trabajado muy poco en la Argentina, el de la **opinión académica**, respetando la **alteridad democrática del conocimiento científico**; entiéndaseme bien, no se trata de una opinión objetiva ni desinteresada, pues no existen, cada autor se compromete en su tiempo, pero no necesariamente debe edificarse el saber sólo desde los **contradictorios** como siempre se ha puesto de manifiesto en la Argentina autoritaria de los últimos tiempos: se es peronista o radical, se es de Boca o de River, de este autor o de su opuesto.

Esto no le hace bien al desarrollo científico serio y profundo, pues el **conocimiento se debe edificar** desde proyectos distintos, coincidentes en algunos aspectos y en otros no, pero diversos y todos **válidos y legítimos en sí mismos**, ¿acaso los admiradores del Club Cambaceres no son representativos del deporte, o los partidos vecinales no expresan un proyecto político de un grupo legitimado de ciudadanos?

En realidad pretendemos cumplir con Nietzsche, cuando señala: “es necesario preguntarse por el valor de la verdad, es necesario poner en entredicho alguna vez, por vía experimental, el valor de la verdad” (Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, Alianza, Madrid, 1998, pág. 8).

Pretendemos abordar nuestro análisis desde un ángulo distinto: desde el análisis del **pensamiento ideológico** y el **contexto socioeconómico** que entendemos se presenta en el sentido de **pertenencia del proyecto**, y lo hacemos con el máximo de respeto hacia el trabajo de sus autores, a quienes reconocemos y consideramos importantes juristas argentinos y latinoamericanos.

Tampoco pretendemos terciar en alguna discusión, sino simplemente aportar desde el **ángulo de la historia de las ideas**, como se ha hecho en otras disciplinas (conf. *Historia de las doctrinas económicas*, F. C. E., México, 1969).

Tampoco somos legisladores ni pretendemos asumir ese rol, sino simplemente dar nuestra opinión con la libertad académica con que lo hacemos siempre.

Nos limitaremos a trabajar sobre dos aspectos que estimamos son **suficientemente representativos** de la muestra y que son nuestra especialidad, así como también de mayor repercusión en la **gente común**: los contratos y la reparación de daños.

No queremos cerrar esta introducción sin explicar para nosotros –apoyándonos en la mayoría de los pensadores contemporáneos, sociólogos, economistas, filósofos, juristas, etc.– el significado de **posición neoliberal** (Agostinho Ramalho, Marques Filho y otros, *Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*, Edibej, Curitiba, 1996, págs. 46 y sgtes.).

Hemos expuesto en obras anteriores (Ghersi, Carlos A., *La posmodernidad jurídica*, 2da. edición, Gowa, Bs. As., 1999, pág. 49), lo concerniente a la prime-

ra etapa de la posmodernidad y el neoliberalismo en general, por lo cual en este análisis nos remitimos a esa lectura.

En cambio, queremos puntualizar –al menos en algunos aspectos– lo concerniente al planteamiento del neoliberalismo en materia de contratos y daños.

En cuanto al primero, implica revalorizar la autonomía de la libertad (arts. 1137 y 1197 del actual Cód. Civil y en los artículos 899 y siguientes del Proyecto) y considerar a ésta como pilar de la seguridad jurídica, así como no permitir la injerencia del Estado, sino establecer que el **mercado** sea el control y consolidar un derecho individualista, como en la flexibilidad laboral (Guerra Filho, Santiago W., *Auto poiese do Direito na sociedade pos-moderna. Introdução a uma teoria social sistémica*, Ed. do Advogado, Porto Alegre, 1997, pág. 63).

En lo que hace al daño causado, considera demasiado oneroso el sistema de reparación con **condena pecuniaria flotante**, por lo cual se alienta para todo el daño el retorno al más cruel individualismo, las indemnizaciones tienen que ser baratas y prefijas en sus topes, de los cuales sea muy difícil salir (de Trazegnies Granada, Fernando, *Posmodernidad y Derecho*, Ara Editores, Lima, 1996, pág. 81).

2.- Análisis del modelo contractual proyectado

Vélez Sársfield estableció claramente en su Código la línea central del **modelo de contrato**, consideró a los hombres personas jurídicas, en realidad entes (art. 30 CC) descontextualizados, pues aquí es donde nacen las distinciones y diferencias (Boudon, Raymond, *La desigualdad de oportunidades*, Laia, Barcelona, 1973, pág. 19), y los asumió como libres e iguales (derivación de la premisa constitucional), para luego poner en cabeza de la **autonomía de voluntad** (base del consentimiento) la regulación de los derechos económicos (objeto del contrato) y así consolidar una ley (art. 1197 del CC) que **maniatará a las partes** en su devenir jurídico/económico, obligaciones y derechos (sobre esta metodología legislativa que estructura el derecho, ver Pérez Ruiz, Carlos, *La construcción social del derecho*, Universidad de Sevilla, 1996, y Megales, Damián, *Elección social y desigualdad económica*, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 1994).

El Estado permanecía así en su condición de **abstención**, propio del liberalismo económico, político y filosófico, y la seguridad jurídica en **manos de las partes** (Novoa Montreal, Eduardo, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Bs. As., 1985, pág. 141).

Guillermo Borda, en la reforma de 1968, asumió una línea de política legislativa opuesta, partió de la base de que las partes del contrato serán **distintas y diferentes** y estableció una intervención del Estado a favor del contratante débil muy significativa, verbigracia, arts. 1071, 1198, 954, 1198 en su acápite sobre la teoría de la imprevisión, etc. (ver Morello, Augusto, *Dinámica del contrato. Enfoques*, Editora Platense, La Plata, 1985, y en el plano internacional, Polo, Eduardo, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990).

Entonces, la seguridad jurídica fue la **contención** del derecho del más fuerte y la investigación judicial del contenido económico del contrato y su reequilibrio.

Pensamos que el Proyecto asienta sus bases precisamente sobre la **concepción neoliberal** en lo político, filosófico y económico (Luhmann, Niklas, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Paidós, Barcelona, 1997, pág. 121).

Trataremos de demostrar nuestra aseveración.

En el art. 899 del Proyecto se **define al contrato** como “acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su **consentimiento** para crear... relaciones jurídicas patrimoniales”.

Marcamos, en primer lugar, que una definición intenta establecer un **modelo prevalente** y luego **excepciones**.

Así lo ha hecho, porque *a posteriori* establece los contratos predispuestos, de adhesión, etcétera.

Es decir, la **lógica de un sistema** se dispone desde y a partir de considerar el principio general y excepciones o criterios fundantes no igualitarios (Eco, Umberto, *La estructura ausente. Introducción a la semiótica*, Lumen, Barcelona, 1994, pág. 58).

Entendemos que el Proyecto se inclina por considerar: un principio, la **autonomía de la voluntad**, y excepciones, contratos predispuestos, cláusulas predispuestas, etcétera.

En el inciso “a” establece la **definición de contratos** y luego, a partir del “b”, la del **discrecional**, al que enmarca como aquel que ha sido determinado de **común acuerdo por las partes**, es decir, mediante el **consentimiento**, pues no hay otro común acuerdo, al menos en mis humildes conocimientos.

Luego establece posibilidades en las que ese **consentimiento** puede ser dejado de lado, así en contratos predispuestos, cláusulas predispuestas, condiciones generales y contratos celebrados por adhesión.

Entendemos, desde la modestia de nuestros conocimientos, que **todos estos supuestos** integran la **categoría de la metodología estructural de la adhesión** en sus diversas variables.

Desde la teoría de los sistemas (ver Dotti, Jorge E., *Dialéctica y derecho*, Hachette, Bs. As., 1982), yo puedo edificarlo a partir de considerar **supuestos dispersos**, que son en apariencia distintos, pero que poseen todos algo en común (desde la teoría de los conjuntos, ver Shubik, Martín, *Teoría de los juegos en las ciencias sociales. Conceptos y soluciones*, F. C. E., México, 1992).

Una característica **homogénea**: contrato **predispuesto**; cláusula **predispuesta**; condiciones generales predispuestas y, por último, contratos de adhesión **predispuestos**.

Queda claro que el **elemento central** (Eco, Umberto, op. cit., pág. 66) de todas estas aparentes categorías jurídicas distintas es que poseen una **indicación distintiva** pero estructuralmente son idénticas: son **predispuestas**, es decir, una parte las elabora y la **otra no puede negociarlas**.

Esto se denomina **contrato de estructura de adhesión** (ver Viguri Perea,

Agustín, *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano*, Comares, Granada, 1995).

Por lo que hemos expresado, se proyecta un principio rector, que es la autonomía de la voluntad-consentimiento y después, excepciones.

La realidad social –dentro de la cual está inmersa la institución jurídica del contrato– muestra exactamente lo contrario: el contrato de **adhesión es la regla** y los de consentimiento, o que nosotros hemos denominado “de negociación individual” o llamados “paritarios”, son la excepción (Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1997, pág. 6).

Entonces, como dice Nicolo Lipari, el **asentimiento** es el elemento del contrato, en lugar del consentimiento, y esto implica, por supuesto, **posicionarse ideológicamente** en el ámbito de los contratos, verbigracia, condiciona el contenido, la intervención del Estado, la seguridad jurídica, etcétera (Lipari, Nicolo, *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1980, pág. 341).

El Proyecto asume al contrato con consentimiento como regla, y sólo basta para referenciar esto señalar algunas **derivaciones** propuestas: en el art. 902 del Proyecto se consolida claramente como autoridad legislativa a la **voluntad de las partes** (perdón, a la del predisponente en la realidad); en el art. 914, al aludir a la atipicidad, se dice que **en subsidio de la voluntad de las partes**, tales contratos están regidos por los usos del lugar de celebración (perdón, la voluntad y los usos que los predisponentes imponen), pero pensemos, por ejemplo, que no se ha legislado en contratos de financiación previa; especialmente dos contratos centrales quedan como atípicos, es decir, sometidos a la voluntad de las partes y los usos: el contrato de medicina privada (que en la actualidad está regido por la intervención del Estado, al dictar el denominado P. M. O.) y el de autoahorro, electrodomésticos, etcétera (*sic*).

En el art. 931 del Proyecto se otorga a la **voluntad de las partes** la posibilidad de establecer el valor del silencio para mutar el estado jurídico hacia el futuro. Esto es inadmisibles, atendiendo no sólo a los hechos reales que se plantean diariamente (es decir, los hechos sociales que luego son atrapados por la normativa, pensemos en el envío de **nuevos servicios bancarios** que quedarían incorporados si no se observasen, ídem con los domiciliarios, etc.), sino que además depende de la culturización del destinatario, y me inclino a pensar que el argentino medio podría resignar sus derechos con tal de no tener que recurrir a trámites o administración de justicia para **declarar en contra** de su silencio (*sic*).

El art. 967 del Proyecto, en cuanto al alcance de las obligaciones contractuales, alude al contratante cuidadoso y previsor; no me parece **socialmente útil** tomar **parámetros subjetivos** que dependan de la culturización de los sujetos (esta idea está en retroceso en los países centrales o superdesarrollados. Ver “Europa ante los retos de la multiculturalidad y la globalización”, del iusfilósofo Miguel A. Ciuro Caldani, *Investigación y docencia* N° 32, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, pág. 9; Archer, Margaret, *Cultura y*

teoría social, Nueva Visión, Venezuela, 1988, y Pataro, Enrico, *Elementos para una Teoría del Derecho*, Debate, Bolonia, 1998).

El art. 1025 del Proyecto propone, en cuanto a la interpretación, la literalidad textual de los términos utilizados al manifestar la voluntad, esto es una ficción, pues la literalidad de los términos implica conocer y los consumidores, en general, no pueden quedar sujetos a esta condición (*sic*), así lo aconseja la moderna doctrina en el tratamiento de los derechos del consumidor (Lima Marques, Claudia, *Contrato no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª edición, *Biblioteca de Direito do Consumidor*, São Paulo, 1999, págs. 573 y sgtes.).

Plantea el **subcontrato** (art. 1035 del Proyecto) como un contrato nuevo, cuando la realidad nos indica que el neoliberalismo intenta esta figura para **segmentar la contratación y la responsabilidad** (Weingarten, Celia, “Los contratos conexados y la Ley del Consumidor”, *Contratos* N° 2, Ed. Cuyo, Mendoza, 1996, pág. 27), y a propósito de ello, el art. 1399 de franquicia establece que las partes del contrato son independientes y que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, rompiendo así la legislación que rige al respecto, ley 24999, y volviendo al criterio ideológico del veto a los arts. 13 y 40 de la ley 24240 o al criterio de la Corte Suprema de Justicia del fallo Pepsi Cola (Vergara, Leandro, “Coincidencia ideológica entre la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y el veto del P. E. a la Ley del Consumidor. El derecho empresario y el derecho del consumidor”, en Ghersi, Carlos, *Derechos y responsabilidades de empresa y consumidores*, Mora, Bs. As., 1994, pág. 185).

Hemos querido mostrar sólo algunas de las **pertenencias** del Proyecto a la **doctrina del neoliberalismo**, pero el principal problema es que toda esta legislación contractual se **opone abiertamente** a la Ley del Consumidor (24240) y su modificación 24999.

Así, por ejemplo, en lo atinente al deber de información, seguridad publicidad incorporada a la oferta, etc., y especialmente a la responsabilidad en **bloque** de las cuatro funciones de la economía: producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Se me podrá decir que la ley del consumidor **va a quedar para** contratos de consumo, esto es absurdo por dos razones.

La primera, porque la Constitución Nacional extendió la protección del contrato de consumo a las relaciones de consumo y no se ha fijado un tope de **valor económico**, por lo cual todos somos consumidores, sin perjuicio de que algunas reglas se nos apliquen y otras no, en función de cada caso en concreto (pareciera obvio que la sociedad de consumo sólo tiene productores/empresas y consumidores, en consecuencia, el **espacio jurídico** de las relaciones de consumo incluye prácticamente todas y el espacio jurídico de las relaciones comerciales quedaría para la contratación interempresaria, de donde podemos colegir que el campo civil se ha comercializado o ha mutado al consumidor, y así ha sido y es en todos los países centrales. Croteau, Nathalie, *Le contrat d'adhésion*, W. y L., Quebec, 1996, pág. 71).

Frente a esto, nos preguntamos: ¿cuál será, entonces, el contenido del Proyecto en materia de contratos?

Por último, y como segundo argumento, no conozco ninguna franquicia que no termine aplicándose a la comercialización de bienes y servicios y, por ende, entre el art. 1399 del Proyecto y la ley 24999 hay una **contradicción ideológica imposible de solucionar**.

El modelo de contratación fundado en la autonomía de la voluntad como elemento prevalente trae una cantidad de derivaciones que se contraponen con la doctrina y jurisprudencia dominantes y progresistas (salvo las cinco o seis últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil), así como con la **realidad socioeconómica** de una sociedad de consumo o subconsumo y de un consumidor sumamente debilitado como consecuencia de las políticas de ajuste del neoliberalismo desde 1989 (ver Demesetz, Harold, *La empresa y la economía*, Alianza, Madrid, 1995).

Es, pues, un proyecto neoliberal que consolida un sistema de **transferencia de riesgos** a los consumidores y contratantes débiles, propio de las sociedades de dos velocidades: tener derecho no es lo mismo que **ejercer** los derechos, y lo que aquí cuenta es que, en su ejercicio, los derechos del contratante débil están **confusos y bloqueados** por ficciones jurídicas (ver Luhmann, Niklas, *Poder*, Anthropos, pág. 17).

3.- El modelo de responsabilidad que sustituye al modelo de reparación de daños

En primer lugar, el tema de daños se aborda desde la **responsabilidad civil** y no desde la **reparación de daños**, es decir, volviendo al modelo Vélez y dejando de lado la reforma de 1968 o sistema múltiple de reparación de daños, del Dr. Borda, y la doctrina y jurisprudencia más progresistas que han llegado a ser mayoritarias (así lo indican los seis congresos internacionales de Derecho de Daños y otras tantas Jornadas Provinciales de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, etc.).

Esto **significa retroceder ideológicamente** en un momento **histórico** y de **contexto socioeconómico** de mayor dañosidad en las sociedades posmodernas, verbigracia: los ocasionados por la actividad económica, bancaria, empresarial de bienes y servicios, etc. (ver Chomsky, Noam y Dieterich, Heinz, *La sociedad global*, Editorial Colección Política, México, 1999).

Sin embargo, se podría plantear como **premisa fundante** la **hipótesis de trabajo** de que, al asumir la responsabilidad civil estamos abordando el tema desde la **evitación del daño** (art. 1585 del Proyecto) o desde la sanción punitiva (art. 1587 del pre citado cuerpo legal), pero no es así, y esto merece nuestra reflexión en un doble sentido.

En primer lugar, es necesario posicionarse respecto del daño en cuanto a las **alternativas o hipótesis de trabajo**, ellas son: **la anticipación, la prevención y la reparación del daño**.

Entendemos que el Derecho Privado, en principio, **sólo** puede operar desde la etapa de prevención –obviamente, con mejores herramientas– en la reparación de daños (aunque todos sabemos que no es lo deseable para la sociedad), lo que por supuesto no es poco y puede generar indirectamente conduc-

tas que mejoren la situación de dañosidad, etc. (Schafer, Bernard y Ott, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 148 y sgtes.).

En cuanto a la **anticipación**, que implica **quitar la fuente** productora del daño, se trata **más** de una cuestión de decisiones de políticas económicas, pues tiene que asumirse desde distintas **variables** (ver caso SOMISA en *Desarrollo económico. Revista de Ciencias Sociales* N° 139, IADES, Bs. As., 1995).

Así, por ejemplo, priva el tema **económico**, verbigracia: costos, recaudación general de impuestos o sectorial, construcción de rutas en vinculación con los accidentes de automotores; **sociológicos**: necesidad de empleo para radicación de empresas que usan tecnología sucia, ubicación de sectores marginales, etc. (Gould, John y Lazear, Edward, *Teoría macroeconómica*, F. C. E., México, 1998, págs. 349 y sgtes.).

Es decir, para señalarlo en términos del análisis económico del derecho: **los factores** que deben conjugarse para determinar las **ecuaciones de eficiencia** no están al alcance del derecho privado económico (Todd, Emmanuel, *La ilusión económica. Sobre el estancamiento de las sociedades desarrolladas*, Taurus, Bs. As., 1998, págs. 139 y sgtes.). En cambio, desde la **prevención** sí puede operar en alguna medida, tanto a partir de la responsabilidad civil como desde la reparación de daños.

Así, el Proyecto lo asume desde la responsabilidad civil y, en cambio, Borda lo asumió a partir de la reparación de daños, arts. 2499 y 2618 del Cód. Civil (esto es simplemente la asunción ideológica del dilema. Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, “La lógica del Estado nacional”, Trotta, Valladolid, 1997, pág. 27).

Nosotros nos inclinamos por esta solución (luego fundaremos la alternativa), aunque debemos admitir que estas dos normas quedaron demasiado marginadas en su ubicación **formal**, cuando en realidad deberían haber sido elevadas a la categoría de **principios generales rectores en materia de prevención**, aunque reconocemos que hubo intentos en fallos aislados (el recordado del Dr. Pedro Iribarne en Morón, el caso Copetro en La Plata) o a través del empuje de doctrinarios como Mario A. Morello, Gabriel Stiglitz o Trigo Represas, no pretendo limitar la lista).

La segunda observación es que los daños punitivos o sanciones de multa civil, como las denomina el Proyecto, no poseen igual sentido ni valor en EE.UU. que en la Argentina. Si bien su reflexión es sumamente compleja, intentaremos, al menos, brindar algunos elementos.

En primer lugar, el concepto de **culpa** para la integración de la responsabilidad civil en el país del norte tiene íntima vinculación con la **culpa puritana**, es decir, relación con la religión, en tanto la que nosotros usamos, la **culpa romana**, tiene que ver con un **concepto legal/pagano** (del autoritarismo imperial), por lo cual las **diferencias simbólicas** son abismales (Bourdieu, Pierre, *Campo del poder y campo intelectual*, Folios Ediciones, Bs. As., 1983, págs. 9 y sgtes.).

En segundo lugar, la causación de daños como consecuencia de la culpa

puritana en EE.UU. implica que no sólo se está dañando al individuo, sino que se está produciendo simultáneamente un daño social y en torno de la empresa, se está defraudando la autorización colectiva para operar en el sistema capitalista como entidad privada –el tema, como vemos, es sumamente complejo– (Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Hyspamérica, Bs. As., 1985; Therborn, Goran, *Cómo domina la clase dominante*, Siglo XXI, México, 1979; Schumpeter, Joseph, *Imperialismo. Clases Sociales*, págs. 110 y sgtes., y 117 y sgtes., Tecnos, Madrid, 1960).

En este contexto, el sentido de daño punitivo tiene una implicancia ideológica especial y diferenciada, a tal punto que en muchos Estados –casi en general– el monto se deriva para la formación de fondos especiales o se comparte con el damnificado (los casos típicos son el de los cigarrillos y el de los daños causados por automotores, en los cuales la indemnización o la punición se entregó por parte de las empresas a los Estados, que debían invertirlo en recursos sociales, algo absolutamente alejado de una práctica o uso en la Argentina. (Consultar al respecto, Braña, Francisco Javier, *Análisis económico de los estilos de vida. Externalidades y coste social*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 48 y sgtes.).

En este sentido, el Proyecto en el art. 1585 prevé aplicar la multa civil por un hecho subjetivo de difícil prueba, **grave indiferencia**, y luego establece parámetros para la fijación del monto en: circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido (desde lo individual, es muy difícil **cuantificarlo**, de allí que los americanos lo conecten con el daño social), lo cual implicaría en cada caso un análisis económico y no contable de la empresa.

La pregunta es, ¿están preparados los jueces argentinos para esto, cuando en nuestro país ni siquiera se ha empezado con análisis econométricos de cuantificaciones?

Por último, señala que sea el Tribunal quien fije el destino. Esto puede resultar un verdadero caos o una fuente de inequidades. Lo concreto hubiera sido formar fondos especiales por una categorización de daños, verbigracia: consumidores, accidentes de tránsito, etc. y/o establecer una finalidad (educativa u otras).

Retomando la idea central, asumir la responsabilidad civil, al menos en este primer aspecto, no implica un aporte **mejor** que el existente sino, por el contrario, un retroceso y una **subjetivización** de las causas de la conducta para la aplicación de la multa: **grave indiferencia**.

Esto es propio de las legislaciones neoliberales: colocan una **figura de aparente avanzada** pero la condicionan de tal forma que puede llegar a ser inaplicable; lo que indica la corriente progresista, por el contrario, es **objetivar situaciones** como lo hizo en su momento don Guillermo Borda.

Consideremos ahora el **factor de atribución**. El art. 1602 del Proyecto establece un principio: “la responsabilidad es atribuida en los casos y conforme a las circunstancias en que lo dispone la ley (lo cual es sumamente obvio: Ley Nacional de Circulación; accidentes laborales, etc.) o lo estipulan las partes”;

esto ha traído un sinnúmero de problemas pues, como la regla son los contratos de adhesión, el predisponente **crea e impone** formulaciones de atribución de responsabilidad, lo que precisamente la ley 24240 **fulminó** de tenerse por no escritas.

Por último, la citada norma del Proyecto establece, en realidad, el **verdadero principio general: la culpa**, de allí que sea un **sistema de responsabilidad** y no de **reparación de daños**, pues tiene una columna vertebral **subjetivista** y excepciones **objetivadas** (señalamos que esto es un retroceso porque, como enseña Habermas, **la culpa**, tanto en sentido moral como en sentido jurídico, se imputa a personas particulares. Nosotros agregamos que las empresas **deben reparar** el daño causado, pues como señala el maestro alemán, la personalización enturbia la cuestión (ver Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, Trotta, Valladolid, 1997).

En cambio, don Guillermo Borda y el Proyecto/ley de 1987 (especialmente el art. 2176 de éste último, concordante con la actual ley 24999) establecieron una verdadera solución de **factores múltiples de atribución**, es decir, todos de la misma intensidad.

El principio general era, entonces, la **igualdad de rango** de los factores de atribución (Ghersí, Carlos A., *Teoría general de la reparación de daños*, 2ª edición, Astrea, Bs. As., 1998, pág. 7).

Volvemos al **modelo Vélez Sársfield**: la culpa como centro y principio general y excepciones formales de responsabilidad objetivada.

El retroceso no sólo es, en sí mismo, borrar las tendencias hacia la objetivación de los factores de atribución, como modo de proteger al damnificado, sino que es incoherente, pues en plena sociedad de consumo se **expanden los daños** por diversas razones, verbigracia: traslado industrial a los países subdesarrollados en función de costos/trabajador, sistemas de comunicaciones, informática y tecnológica, etc. (Catells, Manuel y Hall, Peter, *Las tecnópolis del mundo. La formación de complejos industriales del siglo XXI*, Alianza, Madrid, 1995, pág. 59).

En cuanto a los factores objetivos, señala el art. 1606 del Proyecto que “la responsabilidad se denomina objetiva si... la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla”. Como vemos, no sólo –lo señalamos precedentemente– se coloca a la culpa como espina dorsal sino que al sistema de excepción –presuntamente objetivo– **se lo subjetiviza** en la **definición central**, pues el **condicionante** es el **comportamiento diligente**.

El **cómo construir** un sistema, haciendo centro en la **estructura subjetiva** y colocando a la excepción como **entorno** de aquél es una **metodología** que se conoce con el nombre de “**boundary maintenance**”, o lo que vulgarmente se denomina “**entramado desconcertante**”; el sistema es tan complejo que termina consolidándose la premisa y disolviéndose la posibilidad de llegar a las excepciones o entorno (ver Luhmann, Niklas, *Hacia una teoría científica de la sociedad*, Anthropos, Barcelona, 1998).

Coherentemente con la línea de pensamiento que hemos seguido, en el art. 1661 del Proyecto, se alude a **actividades especialmente peligrosas**, lo que en

apariciencia es un concepto objetivo, aunque consiste en una subjetivación de lo objetivable por el uso de la lingüística.

La simbología de “especialmente” (Pardo, María Laura, *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras*, “El texto legal como texto oscuro”, Nueva Visión, Bs. As., 1992, pág. 34) lo torna subjetivo.

Recordemos que el Proyecto de 1987 establecía **actividad riesgosa**.

El siguiente art. 1662, aludiendo a la cosa riesgosa, establece que es aquella que “tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias calidades o por las circunstancias en que se utilizan”.

Las calificaciones de frecuencia o gravedad **condicionan** la aplicación; como vemos, la técnica es la misma de **entramado desconcertante**.

El actual art. 1113 del Cód. Civil señala con claridad **riesgo o vicio de la cosa**, sin duda, la simplicidad de Borda es de una **visión post-positivista**, como dice Anthony Giddens (ver *La teoría social hoy*, Alianza, Bs. As., 1995, pág. 31).

El art. 1163 del Proyecto incluye dentro del art. anterior, es decir, como **cosa riesgosa**, los residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos. Insistimos, la incorporación de “**potencialmente**” es la técnica de **condicionamiento constante**, pues sería más simple decir: residuos peligrosos (*sic*).

Por último, a modo de **muestreo**, queremos señalar el art. 1665 del Proyecto, cuando alude a la **actividad especialmente peligrosa**.

La **condicionalidad** de “especialmente”, además, posee un segundo condicionamiento: **causar daños frecuentes o graves**.

Insistimos, es la técnica neoliberal de legislar: establezco en apariencia un **derecho** pero condiciono de tal forma su ejercicio que lo **torno** de dificultosa aplicación, tratando de lograr, de esta forma, dos situaciones: la resignación del derecho por vía del ejercicio condicionado o ante la lentitud del procedimiento para dirimir el derecho confuso, lo que se denomina la **negociación cautiva** (en la teoría de los juegos).

Para terminar de **cerrar** el círculo, en el art. 1666 del Proyecto se establece una **puerta abierta al escape** (teoría de los juegos): la liberación si se prueba la culpa del damnificado. Siempre habrá posibilidad de generar la llamada “**duda culposa del damnificado**”, que actualmente existe en el art. 1113 del Cód. Civil y que permitió una desnaturalización en materia de accidentes de tránsito. Entendemos que el eximente debe ser **sólo culpa exclusiva de la víctima** (por razones de toma de posición ideológica en la relación máquina/cosa y ser humano).

En el posterior artículo 1667 trabaja con la misma técnica; permite la liberación con diligencia o medidas de prevención razonablemente adecuadas (*sic*).

En suma, como diría Pierre Bourdieu, no es un Código para los **scolaires o filisteístas** (como adjetivos peyorativos de la gente vulgar) sino para académicos (Bourdieu, Pierre, *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*, Taurus, Madrid, 1998).

Podríamos hacer similares críticas al tratamiento del daño, que lo divide en justificado e injustificado, y en lo atinente a la relación de causalidad, pero se-

ría insistir en mostrar que se usó la misma **técnica legislativa** ya referenciada y no agregaríamos nada nuevo a lo dicho, con lo cual nos parece que sería meramente repetitivo y resultaría más positivo que el lector lo abordara para sacar sus propias conclusiones (sin perjuicio de que estamos preparando algunas notas especiales, acerca de dichos temas, que publicaremos próximamente).

No queremos arribar a nuestras conclusiones sin señalar dos normas más: la concerniente a la franquicia, art. 1399 del Proyecto, que **fragmenta** la responsabilidad, volviendo a la doctrina del veto de los arts. 13 y 40 de la ley 24240, y la concerniente al resarcimiento de la incapacidad laboral (art. 1625 del Proyecto).

En primer lugar, **liga y limita** el daño a la unidad productiva al ámbito **laboral**, desconociendo la jurisprudencia, incluso la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que avanzó hacia factores relativos a otras posibilidades de generar riqueza (ver Gherzi - Rosello - Hise, *Derecho y reparación de daños*, vol. 2, Ed. Universidad, Bs. As., 1998, págs. 29 y sgtes.).

En segundo lugar, en el art. 1634 del Proyecto se utiliza el sistema de tarificación indemnizatoria (no tiene sentido discutir el monto); lo **cuestionable** es, otra vez, la **metodología de legislar**.

Efectivamente, pues establece que el dañador no tiene derecho a valerse de la limitación: “Si razonablemente debió haber asegurado... Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno... Si el damnificado directo sufre gran discapacidad...”

Creemos que la **potencialidad literaria del discurso** y la **simbología** de las palabras utilizadas **expresan** por sí solas la falta de **intención** de generar un esquema de reparación de daños acorde con un país subdesarrollado, donde la dañosidad individual y social crecen día a día.

4.- Nuestra conclusión

Como dice Habermas, “para aprender de la historia no podemos echar a un lado ni reprimir los problemas no resueltos, tenemos que mantenernos abiertos a las experiencias críticas” y, en este sentido, parece obvio que frente a una modificación clara y contundente como la de 1968 y el Proyecto de 1987, así como las actuales leyes 24240 y 24999 en la defensa del contratante débil y del damnificado, hoy el Proyecto de 1998 plantea una **regresión** desde el derecho de fondo, es decir, desde el **tener y ejercer**, y si a ello le sumamos que en nuestro país no se ha **solucionado** la barrera de la administración de justicia lenta, consideramos que el hombre común se convierte simplemente en una **variable más de ajuste** del capitalismo neoliberal (ver Dieterich, Heinz, *Fin del capitalismo global. El nuevo proyecto histórico*: “los derechos democráticos formales son una condición indispensable y necesaria pero no suficiente para la sociedad democrática del futuro, pues lo determinante es el real ejercicio de los derechos individuales y sociales participativos”, Editorial, México, 1998, pág. 129).

He allí lo grave del proceso de recodificación.
Sin derecho no hay justicia, sin justicia no hay vida digna, sin vida digna
no hay ser humano (San Agustín).