

Voces: DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ CONTRATO DE CONSUMO ~ ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Título: La regulación de los contratos de consumo en el nuevo Código. Algunas notas para su análisis económico

Autor: Acciarri, Hugo A.

Publicado en: RCCyC 2015 (septiembre), 17/09/2015, 277

Cita Online: AR/DOC/3060/2015

Sumario: I. Una decisión metodológica novedosa.— II. Las estrategias legislativas y la eficiencia local.— III. Ubicación, redundancia y costos sociales en la regulación de los Contratos de Consumo.

I. Una decisión metodológica novedosa

El nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), como es sabido, adopta una decisión novedosa en cuanto a la contratación de consumo. A diferencia de lo que venía ocurriendo y de la tendencia internacional mayoritaria, que confinan la protección del consumidor a una ley o un conjunto de disposiciones especiales, introduce una regulación general del contrato de consumo en el Título Tercero de su Libro Tercero, destinado a los derechos personales. (1) Esta decisión persigue, explícitamente -y entre otras finalidades- que el contrato de consumo sea una categoría comprensiva de todos los tipos contractuales y no un tipo contractual especial. (2)

La novedad ha sido motivo de controversia. Quienes presentan objeciones se basan en el carácter dinámico del derecho de consumidor. Entienden que se trata de una regulación que requiere flexibilidad y una posibilidad ágil de modificación. Objetan también la dispersión de fuentes que implica que -al menos- dos cuerpos normativos diversos regulen una misma materia. (3)

Las estrategias legislativas son algo diferente del contenido de las normas que introducen en el ordenamiento jurídico. (4) Las nociones más básicas y más conocidas del análisis económico del derecho (en adelante, AED) apuntan, usualmente, sólo a éste último. En los textos elementales se suele analizar únicamente el impacto de conjuntos de normas o instituciones, con abstracción de su modo de expresión y comunicación. En ese sentido, y en el campo que nos ocupa, en otras oportunidades me referí al análisis económico del derecho del consumidor en general y a algunas particularidades del sistema argentino. (5) No obstante, también las propias estrategias que se siguen para incorporar nuevas normas en ese campo, y las peculiaridades metodológicas que se sigan para hacerlo, pueden ser objeto de esa aproximación. En este último sentido y muy brevemente, me referiré a algunos aspectos sencillos de ese tipo de análisis y su importancia para evaluar esta novedad regulatoria.

II. Las estrategias legislativas y la eficiencia local

Es frecuente asumir que el AED apunta a objetivos de eficiencia. Sin demasiadas precisiones técnicas, se suele dar por sentado que estudia los costos (entendidos en general, ampliamente, como esfuerzos o sacrificios que realizan las personas, no únicamente como erogaciones monetarias) y beneficios (ídem) que puede verse que se verifiquen en el mundo real a consecuencia de las normas jurídicas. No obstante, es claro -y es difícil que reiterarlo sea excesivo- que no es necesario perseguir esa finalidad para que el AED tenga alguna utilidad. Si, por ejemplo, con independencia de cualquier grado o modalidad de eficiencia, lo que interesa analizar es el impacto de una norma sobre la distribución de los recursos o ingresos en la sociedad, el AED es claramente relevante para esos fines. En este sentido, muchas veces adherí a la idea de que, una caracterización como "Derecho y Consecuencias", más bien que "Derecho y Economía" podría dar cuenta de esa versión más modesta, más amplia y -a mi entender- más útil, de este tipo de aproximación al estudio del derecho.

Más particularmente, cuando se trata de sectores o instituciones específicos, puede estudiarse la probabilidad de que las funciones-finalidades previstas o deseables, para la institución, efectivamente se cumplan. Para referirse tal efecto suele hablarse de eficacia. Y también puede evaluarse el insumo de esfuerzos (costos) que eso demande. En otras palabras, es posible estudiar la eficiencia local de diferentes estrategias normativas, asociada a cualquier finalidad. (6)

Dentro de esa posibilidad pueden estudiarse ciertas categorías de costos sociales asociados al modo de expresión de las normas. A la estrategia elegida para incorporar las normas al ordenamiento y comunicarlas a los justiciables y operadores del derecho.

Dentro de aquellos, costo más obvio es el insumo de esfuerzos que demanda la sanción, promulgación y publicación de textos normativos (leyes, decretos, ordenanzas, etc.). No se trata, obviamente, únicamente del insumo de papel, tinta y recursos electrónicos, sino del esfuerzo que demandan las negociaciones políticas, estudios y evaluaciones técnicas requeridas para crear nuevas normas. Este costo tan evidente, sin embargo, no es el único, ni el más relevante, sino que existen otros que suelen ser más significativos.

Uno de estos costos es lo que se conoce como costo de error. La idea subyacente es que existe una o un conjunto de posibilidades de aplicación admisibles para una norma, pero que otras posibilidades quedan fuera de toda razonabilidad y son claramente inaceptables. No importa para estos fines la amplitud de las posibilidades interpretativas: puede ser difícil decidir en un caso individual si se trata de una instancia de conducta culpable o

no, pero habrá casos -algunos muy sencillos- en los cuales podríamos coincidir en que no puede encontrarse conducta culpable alguna. Si por la modalidad de expresión de la norma encontráramos casos de este tipo juzgados como casos de conducta culpable, hablaríamos de "error" en tales juicios. Y las distorsiones generadas por esos casos, en relación a la finalidad deseable o prevista, que sea motivo de análisis, determinarían el costo social de ese error.

Adicionalmente a los anteriores, es posible identificar también un costo de búsqueda. El ordenamiento jurídico está expresado en una cantidad de textos abrumadora. No todos los textos son igualmente conocidos, ni consultados y aplicados con igual frecuencia. Las particularidades de los textos que expresan las normas y su ubicación, luego, hacen que sea más costoso encontrar y conocer alguna normas, que otras.

Algunos desarrollos teóricos especializados dentro del AED intentan lidiar con el estudio de estos costos. El más conocido es el estudio de la precisión óptima de las normas. Cuando los abogados, jueces o justiciables se enfrentan a un caso parecería deseable contar con un texto normativo que describiera la solución de ese caso en particular, con todas sus propiedades, con la mayor precisión posible. El extremo de esta posibilidad requeriría un texto normativo para cada variante posible del mundo real, lo cual dispararía al infinito los costos de creación de normas y también, los costos de búsqueda. En el otro polo, una sola norma de extrema generalidad podría incluir todas las conductas y soluciones posibles, solo que las describiría con demasiada latitud. Sería ese el caso de un sistema conformado por un texto normativo único que dijera algo parecido a "se deber actuar correctamente y no actuar incorrectamente, bajo aperebimiento de las consecuencias correspondientes". En este caso, los costos de su sanción serían bajos y también los costos de búsqueda, pero los costos de error (de que el resultado de su aplicación no sea el deseable) serían muy altos. En síntesis, entre ambos extremos habrá una medida óptima de precisión. No se trata, por cierto, de encontrar una solución común para todos los ordenamientos ni el problema es independiente de las condiciones empíricas en las que deban operar las normas. Es, al contrario, una aspiración, que parece relevante.

Algo cercano pero diferente, es el problema de la redundancia. Decía hace ya varios años, con motivo de un problema muy diverso, que la redundancia tiene mala prensa en la teoría del derecho. (7) Que, por una parte, suele pensarse que esa reiteración de información que se da cuando dos o más textos describen las mismas conductas y soluciones, hace más engorroso el acceso al ordenamiento y dificulta la toma de decisiones. Quienes investigan en el campo de la inteligencia artificial, por ejemplo, plantean un problema similar con relación a las bases de información, en general: si una base es más grande (si contiene más unidades de información, por ejemplo más bits) será más difícil de manejar que otra más pequeña. Si retornamos al problema en los textos legales, en consecuencia, parece posible trasponer esa misma idea y sostener que la redundancia, al incrementar la cantidad de información, aumenta correlativamente la dificultad (costo) que exige el manejo del texto que presenta esa propiedad. En contra de la redundancia, también se ha advertido sobre cierta tendencia entre los operadores del derecho a interpretar todo caso de redundancia como una superposición de información sólo aparente. (8) Para quienes lo sostienen, los operadores del derecho tenderían a interpretar que no se trata de una misma norma sino de dos diferentes solo que deficientemente expresadas. La redundancia, en estas condiciones, introduciría una especial desviación en la interpretación.

Sin desconsiderar esas objeciones, se puede echar una nueva mirada el problema. En vez de dar por sentado que la redundancia siempre es indeseable, es posible intentar estudiar cuál es el grado y modalidad óptimos de redundancia para la expresión de una cierta norma. (9) Un esbozo muy ligero de esas ideas puede conducir a advertir que, a veces, la redundancia es valiosa. Cuando el objetivo es importante, la redundancia suele ser la regla: es preferible que los motores de un barco o un avión excedan la necesidad estándar para el caso de que uno de ellos no funcione. Por ejemplo, que un avión pueda volar con sólo una de sus dos turbinas. Y hasta lo es contar con un quinto neumático (obviamente redundante) en los automóviles. En los sistemas informáticos se advierte algo similar: se puede acceder a un archivo, en general, por múltiples vías: por el buscador interno, por el nombre de archivo luego de haber accedido al programa que lo soporta, por el nombre del archivo en una carpeta, etc. En definitiva, la directiva subyacente es que la redundancia efectivamente incrementa los ciertos costos de búsqueda en general, y en nuestro caso, también los costos de sanción de normas. Pero a veces, vale la pena soportar esos costos, porque al mismo tiempo, puede reducir otros, quizás muy superiores. Básicamente, costos de búsqueda de una norma importante y costos de error relacionados con el fracaso de aquellas.

Sucede también que los justiciables y los operadores del derecho no conocen ni acceden de modo uniforme a todos los textos que contiene y expresan el ordenamiento jurídico. Por eso, la ubicación de una norma y la reiteración de una expresión, en una o varias partes del ordenamiento, determinan sus costos de sanción, búsqueda y error. Expresar más de una vez una misma norma, efectivamente, aumenta el volumen de esa base de datos que constituye el conjunto de textos normativos, y por consiguiente, el costo de buscar otras normas. Pero al mismo tiempo puede darse que esa norma duplicada o multiplicada en su expresión, pueda ser objeto de búsqueda más frecuente que otras, o que soslayar su aplicación derive en costos sociales (de error) muy significativos. Luego, la regla de decisión sería sencilla: si, en su conjunto, los costos asociados a la redundancia son menores que sus beneficios, entonces la redundancia sería socialmente preferible. En términos anteriormente expuestos, la redundancia, en estas condiciones, tendería a la eficiencia local. Sería una virtud y no un defecto de técnica legislativa.

III. Ubicación, redundancia y costos sociales en la regulación de los Contratos de Consumo

En sus Fundamentos, los autores del Anteproyecto 2012 justifican su decisión metodológica en varias dimensiones. Pero sobre las bases antecedentes, es posible adicionar a sus argumentos uno particular, orientado a eso que identifiqué como eficiencia local. En algún sentido, podría pensarse, está implícito en varias de aquellas ideas. Lo cierto es que no es una cuestión menor, sino una sumamente significativa.

En la práctica del Derecho del Consumo se observa, en Argentina, una peculiaridad poco tenida en cuenta en los textos académicos pero de enorme relevancia: la aplicación y eficacia de esta parcela del ordenamiento es muy desigual en diferentes jurisdicciones territoriales. En algunas, durante mucho tiempo se dictaron pocas sentencias fundadas en la ley 24.240 (LDC) y aún hoy, existe resistencia a la aplicación plena de su contenido normativo. Casos obviamente regidos por normas de consumo fueron sentenciados sobre la base de normas del Código Civil y algunas instituciones con impacto en el proceso de consumo tuvieron una recepción muy dispar en muchos tribunales.

Todo esto, por cierto, podría entenderse como una percepción personal equivocada, ya que no existen estudios de campo suficientemente extendidos como para justificar científicamente estas afirmaciones. Pero al menos, es posible, para hacerlo con seriedad, razonar de modo condicional. Inferir lo que resultaría si esto fuera verdad y postergar esa investigación para otra instancia.

En ese sentido, las consideraciones que, muy ligeramente, traté de exponer, parecen dar justificación a la decisión normativa adoptada. Mientras que la LDC es un ordenamiento especializado, el CCyC es un cuerpo normativo general. Un abogado puede desconocer o consultar escasamente la primera, pero difícilmente se mantenga muy lejano del segundo. Lo propio ocurrirá con la enseñanza del derecho. Luego, la ubicación de aspectos troncales de la contratación de consumo en el CCyC probablemente haga más por la efectiva operatividad del derecho del consumidor que muchas normas precisas, especializadas y alojadas en la LDC, o en decretos y reglamentos diversos. Quizás, es razonable pensar que más que una dispersión de fuentes que atente contra su conocimiento, la inclusión de la regulación en el CCyC tenderá a una mejora en la visibilidad de las normas, que hará difícilmente soslayable aprender, enseñar y aplicar esos mismos contenidos.

La propia inserción de estas instituciones en el cuerpo más general del derecho privado -parecería razonable pensar- tornará el tema, de una materia especializada, a una parte del conocimiento general ("clínico"), de los juristas prácticos y académicos. En este aspecto existe una asimetría en los nuevos costos que la novedad represente para los especialistas (juristas consumeristas) y los no especialistas. Para los primeros, la variante legislativa será insignificante en cuanto a las posibilidades de encontrar y conocer las normas, y seguramente, no lo hará más difícil; para los segundos, parece razonable pensar, incrementará rápidamente la posibilidad de conocerlas aún de modo no deliberado. Y estos últimos, obviamente, son muchos más que los primeros, por lo cual el resultado del impacto en unos y en otros, no es simétrico. Aquí, pensar en operadores del derecho práctico, es un modo indirecto de pensar en el impacto efectivo de las normas en la sociedad en general, que es lo que interesa.

Por supuesto que la duplicación puede dar lugar a problemas. Por ejemplo, pueden darse dificultades de interpretación y, en particular, podría verificarse aquella tendencia distorsiva, consistente en encontrar dos normas diferentes cuando dos textos sólo repiten la misma. Todo eso resultaría socialmente costoso. Pero lo interesante es la comparación de las posibilidades alternativas. Muchas veces tenemos propensión a decidir un debate encontrando, simplemente, objeciones a una de las posiciones, sin sopesar adecuadamente los problemas de la restante. Pero que una posibilidad sea imperfecta, no implica que ninguna otra sea mejor. Al contrario, en el mundo real en general y en el campo del derecho, en particular, toda estrategia que se intente será imperfecta. Lo importante no es advertir tal imperfección -obvia e ineludible- sino evaluar y ponderar los pros (beneficios) y contras (costos) de las posibilidades alternativas factibles. En el caso, si la decisión incidiera significativamente en un problema tan relevante la efectiva vigencia del Derecho del Consumidor, pareciera difícil que aquellos costos excedieran a sus beneficios. De ser así, sería un ejemplo particularmente importante de redundancia socialmente deseable.

Si consentimos en las bases conceptuales anteriores, la investigación que decida la cuestión será empírica, no normativa. Se podría sintetizar en pocas preguntas. La básica, sería ¿Tuvo un grado adecuado de eficacia la normativa contenida en la LDC hasta la fecha, en todas las provincias argentinas? Si la respuesta fuera negativa, si fuera posible verificar que pese a las conferencias, congresos y la profusión de textos en la materia, los tribunales reales (y los abogados) de muchas jurisdicciones no fueron permeables a su aplicación, y si la nueva regulación modifica eses estado de cosas, pareciera sencillo encaminarse hacia una visión favorable a la novedad. La magnitud de ese costo, sería tan grande que excedería a otros que se le enfrenten.

Una de las virtudes más claras del AED es que ayuda a pensar los mismos problemas con categorías diferentes. También, que contribuye a analizar el impacto real de las normas, con independencia de dogmas. La eficacia y la eficiencia de las normas y las instituciones, su rol en el mundo real, importan. La vigencia efectiva de una parcela entera del derecho puede estar en jaque por cuestiones tan poco visibles como su modo de expresión y puede modificarse por esas mismas vías. Ese tipo de cuestiones, difícilmente se estudie de modo sistemático en una escuela de derecho tradicional. La ubicación de las normas, impacta en esos aspectos. Y lo

propio sucede con la redundancia. Para al menos sospechar que eso ocurre no se requiere especialización, sino pensar las mismas cuestiones desde otra perspectiva. A veces, para ver las cosas, no se requiere más que cambiar el punto de vista. No es suficiente para solucionar muchos problemas, pero es necesario, al menos, para advertir algunos. Para comenzar a estudiarlos seriamente y hasta para intuir ciertas soluciones. El AED, aun en sus instancias básicas, frecuentemente contribuye a hacerlo.

(1) Esta tendencia, no obstante, presenta excepciones particulares y significativas. En los Fundamentos al Anteproyecto de 2012 se discuten las tendencias legislativas enfrentadas en esta materia.

(2) LORENZETTI, Ricardo L., "La interpretación de los contratos", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 191. Cita Online: AR/DOC/237/2015. Sobre el punto, se indica en los Fundamentos...: "...no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general..."

(3) En los Fundamentos...expresamente se tratan, *avant la lettre*, ambas objeciones.

(4) A los fines de estas líneas simplemente asumiré que las normas son significados y no expresiones lingüísticas. Luego, un texto puede portar varias normas y una norma puede estar expresada por más de un párrafo (por ejemplo artículo) o texto legal (por ejemplo, el texto de una ley o un decreto).

(5) Entre otros textos, por ejemplo, en "La Ley de Defensa del Consumidor y el Análisis Económico del Derecho" (en coautoría con Pamela Tolosa). Capítulo del libro *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (directores), Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires, junio de 2009. ISBN 978-9870314806 (Tomo II). 978-9870314783 (Obra Completa). Páginas 1 a 65.

(6) Intento expresar, mediante el término eficiencia local, lo que procuraré ejemplificar a continuación. Si nos proponemos estudiar un conjunto de normas con relación a un objetivo (función-finalidad) diferente de la eficiencia, podemos estudiar cuantos recursos insume a las personas involucradas (es decir, sus costos) el juego de las normas previstas para lograr esa finalidad y analizar variantes que lograrían esa misma meta, a costos menores o mayores. Todo esto sin ingresar a analizar si, de cumplirse el objetivo en cuestión, eso redundará en una relación de costos-beneficios, socialmente positiva o negativa. Si la finalidad reducir la mortandad de niños que se trasladan en transportes escolares y valuamos su vida de cualquier modo, habrá algún punto en el cual, para evitar una muerte adicional -por ejemplo, para reducir su número anual, en una unidad- se deban destinar más recursos que el valor que, estipulativamente, hayamos asignado a cada una de esas vidas. Si a pesar de eso decidiéramos destinar esos recursos para ese objetivo se podría hablar de un empleo socialmente ineficiente de recursos. Pero si se trata de reducir una cantidad cualquiera de muertes, incluso una considerada, de acuerdo con lo expuesto, ineficiente (en los términos anteriores), igualmente podrá obtenerse ese objetivo a menor o mayor costo social. Siempre será posible que estemos siguiendo un camino más dispendioso que otro. La reducción de costos de esta segunda clase, es decir, lograr ese objetivo (sin juzgar su eficiencia) con el menor insumo de costos sociales, es a la que me refiero con el término eficiencia local.

(7) Acciarri, H. A., "Causa de los Actos Jurídicos, Redundancia y Eficiencia" *La Ley*, 2007.A, p. 1.

(8) ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, 3ª Reimpr., Buenos Aires, 1998 p. 124, siguen a IHERING en el uso del término "Principio de Economía" para referir a la idea de que es preferible una base reducida para los sistemas jurídicos. Esta idea, no obstante, con diferentes denominaciones, es generalmente compartida, a veces, implícitamente, por muchos teóricos del derecho.

(9) Procuramos exponer algunos elementos para una teoría de la redundancia óptima en ACCIARRI, H y TOHMÉ, F. "Redundancy of Legal Rules and Efficiency", I Annual Conference of the Spanish Association of Law & Economics. Madrid. Jul. 2010 http://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/34/