

# CONTRATOS CON CONSUMIDORES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO<sup>1</sup>

AIDA KEMELMAJER

Me propongo mostrarles los lineamientos generales del derecho de los contratos con consumidores en el Código Civil y Comercial argentino, sancionado en octubre de 2014, cuya entrada en vigencia operará, si el plazo no tiene modificaciones ulteriores, en enero de 2016.

Generalmente, me gusta empezar mis intervenciones con alguna frase motivadora. Para esta oportunidad, elegí una de Carbonnier, notable jurista francés del siglo XX, que dice: “legislar es un placer de calidad más exquisito que ordenar, ya no se trata de la vulgar orden que dirige el amo a su esclavo o el comandante al soldado, meros imperativos inmediatos y sin futuro; se trata de la ley, esta orden trazada en el espacio y en el tiempo al encuentro de la multitud anónima e invisible de las generaciones futuras”.

Esta magnífica frase del maestro Carbonnier impone tomar conciencia de la tremenda responsabilidad que se asume cuando se proyectan normas generales, aplicables a distintas situaciones, muchas de ellas no pensadas por quien legisla.

Frente a esta dificultad, entre otros aspectos, la comisión que integré conjuntamente con los Dres Lorenzetti y Highton, tuvo especial cuidado en el lenguaje utilizado. Se trató de escribir de modo claro, lineal, sencillo. El Código puede gustar o no gustar, pero se entiende. En general, en todos los artículos se verifica esta estructura gramatical: sujeto, verbo, predicado, escrito en tiempo presente. La razón de esta postura inicial es que, como dice Carbonnier, *la ley es una orden lanzada en el espacio*, y tiene que ser comprendida por sus destinatarios, o sea, por todos. Un Código Civil y de Comercio unificado está destinado a todas las personas; no es posible que su comprensión requiera tener un diccionario al lado, o un abogado al lado, todo el tiempo. El abogado no tiene por qué ser traductor porque la ley habla una lengua que no se entiende. Por eso, los abogados no desaparecen ni pretendamos su desaparición; muy por el contrario, van a tener el rol que deben tener: analizar las norma en el sistema, en el contexto, y explicar a su cliente, con el código en la mano, cuál es su situación, qué posibilidades tiene, etc.

Ese sistema, en el nuevo código civil y comercial, se integra con el Derecho Constitucional; en la Argentina, después del año 1994, esta frase significa también integrarse con los tratados de Derechos Humanos, ingresados en el llamado bloque de constitucionalidad. La necesidad de constitucionalizar el Derecho Privado se verificaba, de modo manifiesto, en materias como familia y responsabilidad civil, pero no es ajena a las otras partes del Derecho, entre ellas, el derecho de los contratos. En efecto, muchas cuestiones nuevas de la contratación se vinculan precisamente a nociones básicas del Derecho Constitucional como es, por ejemplo, la noción de igualdad. Así, la contratación con

1 Conferencia dictada en la Universidad de Montevideo el 28 de Agosto del 2014 Transcripta por el Dr. Aparicio Howard.

consumidores tiene por finalidad hacer efectiva la garantía de igual real, no meramente formal.

El código, bueno o malo, mejor o peor, con errores o sin ellos, se fue mostrando a medida que se iba haciendo; por eso, no le es atribuible aquella frase atribuida a Otto Von Bismark “Con las leyes pasa como con las salchichas; es mejor no ver cómo se hacen”. Todos podían conocer qué se estaba incorporando en el anteproyecto. Antes de su entrega al Poder Ejecutivo Nacional cientos de reuniones como ésta se hicieron dentro y fuera del país. Muchos errores fueron corregidos gracias a las observaciones que nos hacían en esas reuniones. Por supuesto, en diversas cuestiones, especialmente de índole ideológica, no hicimos marcha atrás, pero en muchas más, de tipo técnico o incluso de conveniencia práctica, sí lo hicimos. En otras palabras, si ha habido un proyecto en la Argentina que se ha discutido, que ha mostrado transparencia, es éste. Claro está, los integrantes de la comisión no nos hacemos responsables de los cambios operados en el Poder Ejecutivo Nacional, en la bicameral y en el senado, sin nuestra intervención.

Durante todo el período de gestación, y ahora después de su aprobación, hemos contado con otra verdad, expresada por otro grande del derecho francés, el maestro Ripert, quien decía que “resulta más fácil sustituir en las usinas material envejecido por máquina nueva, que sustituir un aparataje jurídico tradicional con el nuevo orden jurídico”. La gente de derecho, nos guste o no, queramos o no reconocerlo, somos personas conservadoras. Cambiar es muy difícil para nosotros. En la misma obra, Ripert relata que después de cuarenta años contados desde la sanción de la ley que estableció la igualdad jurídica de la mujer en Francia, los escribanos franceses seguían convocando al marido de la mujer para los actos para los cuales la ley vigente hacía cuadro décadas ya no lo exigía.

“Todo, todo cambia”, dice una hermosa canción que interpreta Mercedes Sosa. Nosotros también debemos adecuar nuestras normas, para que la gente pueda actuar conforme a derecho y no busque la salida, peligrosamente, en el camino de los hechos.

¿Cuál es el método que el Proyecto sigue en materia de contratos?

Este Código tiene, un título preliminar y seis libros (el Código actual en Argentina tiene cuatro).

Comparado con el del código de Vélez, se trata de un *título preliminar* “enriquecido”, porque se incorporan no solo los temas que todos los códigos civiles tienen en los títulos preliminares (cómo se cuentan los plazos, por ej.) sino principios generales, como la prohibición del abuso del derecho, de fraude a la ley, el principio de la buena fe, etc.

Esto es muy importante porque queda claro que se trata de principios que informan todo el código y, por lo tanto, no es necesario repetirlos en cada uno de los libros. Por ejemplo, en la Argentina, el abuso de derecho se incorporó expresamente en el año 1968, a través de la magnífica puesta al día llevada a cabo por el Dr. Guillermo Borda con la llamada ley 17711. Se introdujeron dos artículos: uno en materia de actos ilícitos (art. 1071 del CC) y otro en el área del dominio (art. 2514). El nuevo código no necesita de pluralidad. El art. 10 en el título preliminar dice: “La ley no ampara el ejercicio abusivo

de los derechos". ¿Qué derechos? Todos los derechos.

El Libro primero trata los sujetos, las personas; el código debe empezar por allí porque la persona es, como ha dicho la Corte Federal argentina en numerosos pronunciamientos, el eje central del ordenamiento jurídico. Además de los sujetos, el libro I regula el objeto, y el acto jurídico. En el código de Vélez, en cambio, el objeto aparece regulado en el libro IV, antes de los derechos reales; no es así como se estudia en la facultad. Por el contrario, el nuevo código sigue el esquema de la universidad: sujeto, objeto, relación jurídica. No se ignora que la regulación sistemática del acto jurídico no aparece en todos los códigos, pero en la Argentina, esta incorporación es tradicional, no se advierten problemas en su permanencia y, en cambio, no son siempre predecibles los inconvenientes que podría traer su eliminación.

En el Código de Vélez, las relaciones familiares se ubican en el libro primero. No obstante, el régimen patrimonial (la llamada sociedad conyugal) está en el libro tercero. Llama la atención esa ubicación, desde que ese régimen parece no dejar espacio alguno a la autonomía de la voluntad; por lo tanto, ubicar entre los contratos ese régimen de bienes único, legal, forzoso e inmodificable es, como mínimo, paradójico. El nuevo código civil y comercial, en cambio, regula las relaciones de familia (personales y patrimoniales) en el libro II. De este modo, las relaciones familiares, fundadas no solo en el matrimonio, tienen para sí un libro completo (el segundo).

El libro tercero, del que me ocuparé esta tarde, regula los derechos de crédito. El código mantiene el binarismo, desde que el libro cuarto regula los derechos reales.

Este libro tercero, como el resto de los libros, y como lo hizo Vélez, se divide en *títulos*, los títulos en *capítulos*, los capítulos en *secciones*.

El título primero regula la Teoría General de las Obligaciones, siguiendo, también, la tradición metodológica argentina. Este título normativiza las obligaciones en general, cómo nacen, cómo mueren, como se clasifican, etc.

El título *segundo* se refiere a la llamada "Teoría General del Contrato"

El título *tercero* incorpora los contratos de consumo

En treinta y un capítulos el título *cuarto* regula los contratos particulares (compraventa, donación, mandato, etcétera). Incorpora los contratos típicamente comerciales (leasing, factoraje, contrato de consignación, contratos bancarios, etc.) dado que este código unifica contratos civiles y comerciales.

Ahora bien, el título *segundo*, el que se refiere a la teoría general del contrato, se divide en *capítulos*.

El capítulo primero, relativo a las disposiciones generales incluye lo tradicional en todos los códigos: definición, integración, principios que lo rigen, etcétera.

El capítulo segundo tampoco innova demasiado al clasificar los contratos en unilate-

rales y bilaterales, onerosos y gratuitos, etc.

La novedad está en el capítulo tercero sección segunda, al tratar el tema del consentimiento. En efecto, la primera sección es casi el contrato napoleónico, por llamarlo de alguna manera; o sea, el contrato en el que las partes son iguales; contratan a través de una oferta y una aceptación, etcétera.

La sección segunda se aleja de esta formación tradicional y regula los contratos que no nacen de ese tipo de negociación, sino de adhesión a cláusulas generales predispuestas.

Estos contratos no existen en el código civil argentino vigente y ésta es, en consecuencia, la gran novedad que se incorpora a la teoría general del contrato. Se distinguen, entonces, dos maneras de contratar: la primera, la tradicional, oferta y aceptación; la segunda, los contratos celebrados con cláusulas generales predispuestas, en las que el adherente puede o no ser consumidor; por ejemplo, una pequeña empresa uruguaya contrata un préstamo con un banco, o un seguro para los camiones que están afectados a esa empresa; normalmente, celebra ese contrato con cláusulas generales impuestas por la entidad bancaria o de seguros; si no quiere adherir a alguna de ellas, la única opción que le queda es “no contratar”; son los famosos contratos *take it or leave it*. Hay que ser consciente que este modo de contratación a través de cláusulas generales predispuestas no siempre es malo; por el contrario, en muchas ocasiones, hace posible la contratación, o la facilita de modo manifiesto. Piénsese, por ej., en el transporte público, y en cada pasajero discutiendo las modalidades de ejecución contractual. O sea, como regla, los contratos celebrados con cláusulas generales predispuestas son, simplemente, una modalidad de contratación. Sin embargo, no puede negarse que la imposición y la adhesión, normalmente implica una situación de inferioridad del adherente.

De allí que este código, recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria, entiende que estos contratos pueden contener cláusulas abusivas, aunque el adherente no sea un consumidor. Por eso, el código regula expresamente este tipo de cláusulas. Así, el art. 988 dispone:

**Cláusulas abusivas.** *En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:*

- a) *las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;*
- b) *las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;*
- c) *las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles*

El art. 989 completa:

**Control judicial de las cláusulas abusivas.** *La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.*

Estas disposiciones son muy importantes en países como los nuestros, en los que pe-

queñas empresas contratan con empresas más poderosas, nacionales e internacionales; en definitiva, es poner en claro que no todas las empresas son iguales.

Si se compara el artículo 988 con el art. 37 de la ley de protección de los consumidores argentina que regula las cláusulas abusivas, se advierte inmediatamente su total analogía.

La norma sobre el control judicial de las cláusulas es importante. Adviértase que muchos de estos contratos se realizan en formularios que controla la Administración; por ejemplo, en Argentina, la Superintendencia General de Seguros o el Banco Central. La jurisprudencia dominante en la Argentina (precisamente uno de los primeros casos que me tocó resolver siendo jueza de la Suprema Corte de Mendoza versaba sobre esta cuestión) entiende desde hace muchos años que esas cláusulas, aunque hayan sido autorizadas por la autoridad administrativa no tienen contenido normativo, no son una ley y, por lo tanto, pueden ser declaradas abusivas por los jueces. En otras palabras, el Poder Judicial es la última garantía que tiene el adherente para la posible revisión de estas cláusulas.

Debe recordarse que dentro de la clase media están los pequeños empresarios, muchas veces olvidados por la ley. Los europeos se acuerdan de ellos; tienen directivas muy importantes para la pequeña empresa; no es nuestro caso. El artículo 989 que he transcrito integra un grupo de normas en defensa de esta pequeña empresa, de esa clase media, que en la Argentina ha sido un importante factor de desarrollo económico.

El título cuarto, como he adelantado, regula los contratos en particular: compraventa, permuta, suministro, locación, mandato, leasing, transporte, consignación, corretaje, contratos bancarios, factoring, los celebrados en la bolsa o en el mercado, las cuentas corrientes, los contratos asociativos, la agencia, la cesión de derechos, la transacción, el contrato de arbitraje el de fideicomiso, etcétera.

En el título tercero aparecen los Contratos de Consumo.

¿Todo el derecho de los consumidores ha pasado al Título Tercero?

La discusión fue muy grande. Enviamos notas a los autores más prestigiosos del derecho del consumo en Argentina, consultándolos sobre la mejor metodología a seguir. Antes de recibir las respuestas estábamos seguros de una sola cosa: un código del siglo XXI no puede ignorar al consumidor. Adviértase que el código de Vélez no menciona esta palabra; no es una crítica; la palabra no podía figurar porque como es de conocimiento de cualquier persona, en aquella época, el contrato se visualizaba desde otra óptica.

Pues bien, como les adelanté, el código se enmarca dentro del proceso de constitucionalización del Derecho Privado. En la Argentina, los derechos del consumidor se incorporaron a la Constitución en 1994, a través de una importante reforma. Entonces, si los consumidores están en la Constitución, y el Código Civil y Comercial enmarca en el proceso de constitucionalización, está claro que la figura del consumidor no puede ser ignorada por el código civil y comercial.

Se decidió, pues, que aunque no se debía incorporar toda la ley de protección de los consumidores al código civil, que queda vigente, debía traerse al código el llamado el *núcleo duro* del derecho del consumo. La ley de protección de los consumidores se mantiene, al igual que el resto de las leyes, fruto del proceso de descodificación que configuran estatutos más o menos cerrados autosuficientes (por ej., ley de seguros, ley de concursos, etc). La ley de consumidores se mantiene vigente, pero propusimos algunas modificaciones a esa ley. Así, por ej., desde nuestra perspectiva, los daños punitivos están incorrectamente regulados en la ley, desde que, conforme el texto, se autorizaría a imponer este tipo de sanciones por el mero incumplimiento de la ley, a todos los sujetos de la cadena de comercialización, incluso a aquél a quien no puede atribuírsele ninguna conducta específicamente antijurídica. Un estudio serio del origen y posterior desarrollo de esta figura jurídica muestra de modo manifiesto que se imponen cuando se trata de incumplimientos que implican menosprecio grave de los derechos del consumidor y no meros incumplimientos. En la Argentina, por un lado, existe esta la fórmula excesivamente amplia del art. 52 bis, incorporado por la ley 26.361, vigente desde abril de 2008; afortunadamente, los jueces argentinos han sido muy prudentes en la aplicación. Por el otro, estas sanciones no están previstas en un área tan significativa como la defensa de los bienes colectivos, especialmente el ambiente, en la que se justifica plenamente que no sólo se obligue a reparar, a volver a la situación anterior, sino también que se sancione a quien, con grave menosprecio de esos derechos, genera daños al ambiente.

Lamentablemente, en el trámite legislativo, se eliminó del código civil la sanción pecuniaria disuasiva (daños punitivos) que se habían incorporado para el ataque con grave menosprecio de los bienes colectivos y se dejó inalterado el texto del art. 52 de la ley de consumidores.

Debo ahora insistir en las razones por las que el núcleo duro del derecho del consumo se incorporó al código. Como es sabido, en el derecho comparado hay varios modelos:

El primero es el que mantiene separadas ambas regulaciones; esto es por ejemplo lo que hace en Europa el Código italiano y el Código francés; los países parte del Mercosur también tienen leyes de consumidores separadas del Código Civil.

El criterio totalmente opuesto es incorporar al código civil y comercial todo el derecho del consumo. Este método tiene un serio inconveniente: la materia que afecta al derecho del consumo es muy cambiante, muy movable, porque también lo son las prácticas comerciales; un código civil tiende a una cierta estabilidad, incompatible con la necesidad de reformas permanentes.

Finalmente, otro criterio, el que sigue el código civil y comercial, es el del Código alemán, de Quebec del año 1991, de Holanda 1992, que es incluir en el código sólo el llamado "núcleo duro".

Por supuesto, hacer esta afirmación lleva a otra cuestión, cual es, en qué extensión.

Los fundamentos que acompañan al proyecto explican

“La extensión del objeto regulatorio plantea problemas en cuanto a las distinciones y al modo en que se presentan.

Una posibilidad consiste en regular el contrato discrecional y dedicar algunos artículos relativos a los efectos que consideren la temática de los vínculos de consumo. Esta perspectiva fue adoptada en el Proyecto de 1998, pero la evolución que ha experimentado la materia desde entonces impide este abordaje, ya que la amplitud de la definición de la relación de consumo existente hace que los contratos de consumo constituyan un ejemplo de la fragmentación del tipo general.

La alternativa contraria consiste en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo. También es inconveniente, porque se distorsiona gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica. El problema es que hablan de objetos diferentes.

En razón de lo anterior, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que 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. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia”.

En definitiva, este código tiene, por un lado, el contrato discrecional, por el otro, el contrato celebrado con condiciones generales predispuestas y, finalmente, el contrato con los consumidores”.

No hay obstáculos para que una ley especial establezca requisitos o una protección superior al consumidor; el código establece un piso mínimo de tutela. Esto le da coherencia al sistema, en el campo de la interpretación.

¿Cuál es esa protección mínima?

La doctrina francesa, por ej., dice que los fines básicos del derecho del consumo son: 1) mejorar las normas sobre consentimiento, o sea, todas las reglas sobre información, sobre reflexión y la posibilidad de dejar sin efectos ciertos contratos; 2) eliminar o disminuir los desequilibrios; 3) reforzar las obligaciones del profesional; y 4) desarrollar la idea de la pena privada.

Estas son, precisamente, las materias que abordó el Código Civil y Comercial, con la aclaración ya hecha respecto de los daños punitivos.

Para terminar, solamente quería señalar la importancia de las cláusulas abusivas y el control judicial respecto de esas cláusulas abusivas con relación al acceso a la justicia. No sé si en Uruguay ha tenido mucha difusión una sentencia del Tribunal de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, que quiero comentar con ustedes.

La cuestión planteada surge en plena crisis económica europea y la sentencia enmarca en ese contexto. Tengo mis dudas sobre qué hubiese decidido el tribunal en otro momento económico. De cualquier modo, se trata de un fallo muy importante en materia de cláusulas abusivas por limitar el acceso a la justicia. Angelo Luminoso, un autor italiano, dice que “El proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; más aún, el más alto y más crítico, dado que la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *“última playa”*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un fracaso del derecho sustancial”.

En el caso se discutía la interpretación de una directiva de la Unión Europea relativa a los contratos celebrados con consumidores. Los hechos eran los siguientes: En el año 2007, un señor que era un marroquí y trabajaba en España celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con un banco de España. El inmueble hipotecado era la vivienda familiar de este pobre inmigrante, que era propietario desde el año 2003. El capital que el banco le había prestado era de 138.000 euros y debía amortizarlo en 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007. La cláusula sexta del contrato establecía intereses por demora a una tasa de interés del 18% anual, devengables automáticamente respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de ningún tipo de reclamación, etcétera. El contrato también facultaba al banco a declarar exigible la totalidad del préstamo si el deudor no cumplía una cuota. La cláusula quinta del contrato preveía la facultad del banco de interponer una ejecución hipotecaria a cuyo fin debía acompañar una liquidación y un certificado en el que contase la cantidad exigida.

Este inmigrante abonó las cuotas mensuales durante más de un año, pero en determinado momento dejó de pagar. En octubre de 2008, un notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.000 euros. O sea, más de lo que se le había prestado, no obstante que había estado pagando un año. El banco inició una ejecución ante el Juzgado de la ciudad de Martorell. El demandado no compareció a ese juicio. Se ordenó la



subasta, no hubo postores por la crisis económica; consecuentemente, de conformidad al código procesal español, el juzgado autorizó la adjudicación al actor por el 50% de su valor y señaló una fecha para entregar la posesión al adjudicatario, salvo que otro pague. El 20 de enero de 2011 debía entregarse la posesión al banco. El 11 de enero de 2011, el deudor no se presentó ante el Juzgado de la ciudad de Martorell que era donde se había iniciado la ejecución hipotecaria, sino ante el Juzgado de Barcelona y a ese juez le solicitó la nulidad de la cláusula 15, que le permitía al banco hacer su propia liquidación por ser abusiva. Sobre la base de la nulidad de esa cláusula, pide la nulidad de todo el procedimiento de ejecución, que ha tenido base en una cláusula nula.

El juzgado de Barcelona suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo, si una legislación como la española, que no me permite en la ejecución plantear como defensa la abusividad de esa cláusula, contraría la directiva de la unión europea que protege a los consumidores.

El Tribunal de la Unión Europea respondió que la normativa española controvertida en el litigio principal no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos. La Directiva debe interpretarse, entonces, 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 que 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.

El tribunal también señaló la importancia que adquiere en estos casos, el hecho de que el bien gravado con hipoteca sea la vivienda familiar.

En la Argentina un plenario de la Cámara Nacional de Comercio ha decidido una cuestión de competencia en la misma línea protectora de los derechos de los consumidores. La situación es la siguiente: una persona individual libra un pagaré a favor de un banco o una compañía aseguradora, u otra persona jurídica de ese tipo. El individuo vive en Jujuy o en Tierra del Fuego, y se ha pactado que la ejecución sea en Buenos Aires, lugar donde tiene la acreedora tiene su sede, su cuerpo de abogados etc... Se trata de una ciudad ubicada a más de mil quinientos kilómetros del lugar del domicilio del deudor. Esas cláusulas perjudican en forma manifiesta el acceso a la justicia. Claro está, si prevalece la regla de la abstracción cambiaria, la cláusula no podrá discutirse. Sin embargo, la ley de protección de los consumidores es de orden público, por lo que debería poder oponerla aún en este tipo de procesos.

El 29/6/2011 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo plenario, decidió que el juez puede, de oficio, declarar su incompetencia; o sea, que prevalece la

protección del consumidor por sobre la abstracción cambiaria. El líder esta posición fue el camarista Pablo Heredia, que con un realismo extraordinario movilizó a la mayoría. En el fondo, el argumento es este: el derecho del consumidor no puede extinguirse por el solo hecho de librar un pagaré. El principio de la “abstracción cambiaria” tiene exclusivo fundamento en el derecho común. La “abstracción cambiaria”, lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma.

Quizás, esta decisión plenaria (obviamente, existieron votos en minoría) sea, en este último tiempo, uno de los paradigmas del movimiento de constitucionalización del derecho privado, consagrado expresamente en el nuevo código civil y comercial argentino