



EL DERECHO

Director: Alejandro Borda

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal

por JUAN CARLOS CASSAGNE(*)

Sumario: 1. LOS DISTINTOS SENTIDOS DEL BIEN COMÚN. – 2. LA JUSTICIA. – 3. EL CONTENIDO DEL BIEN COMÚN QUE PERSIGUE EL ESTADO. – 4. LOS CRITERIOS DE LA IGUALDAD DISTRIBUTIVA. – 5. JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y POLÍTICAS DISTRIBUTIVAS. – 6. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: HACIA EL ESTADO SUBSIDIARIO. – 7. LA INTERRELACIÓN ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. – 8. BIEN COMÚN E INTERÉS PÚBLICO: SU RANGO DE PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.

1. Los distintos sentidos del bien común

Para definir el bien común suele utilizarse un concepto unívoco que revela, por otra parte, una gran diversidad en

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Filosofía política: ¿Cuál es la naturaleza del bien común?*, por SERGIO R. CASTAÑO, ED, 242-861; *La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, por LUCAS A. PIAGGIO, ED, 249-602; *Reformas al derecho privado patrimonial. En busca de los fundamentos de la responsabilidad del Estado en el nuevo Código Civil*, por MAURICIO BORETTO, ED, 249-692; *El bien común en algunos aspectos del derecho administrativo argentino*, por NÉSTOR OMAR SCARLATA, EDA, 2013-459; *La responsabilidad del Estado y los funcionarios corresponde al derecho común y es inconstitucional toda norma que disponga lo contrario*, por ROBERTO ANTONIO PUNTE, EDCO, 2014-466; *El alcance de la reparación por la actividad lícita del Estado. A propósito del proyecto de Código Civil y Comercial, y del proyecto de ley sobre responsabilidad del Estado*, por JUAN SANTIAGO YLARRI, EDA, 2014-499; *La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial*, por HÉCTOR A. MAIRAL, ED, 260-641; *Una mirada a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944)*, por JUAN JOSÉ CASIELLO, ED, 260-820; *La ley 26.944 de responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, ¿es una ley local o federal?*, por ADRIANA MARÍA A. PADULO y PABLO ESTEBAN PERRINO, EDA, 2015-755; *Responsabilidad del Estado por actividad ilícita: obra pública e inundaciones. ¿La reparación del "lucro cesante"?*, por MAURICIO BORETTO, ED, 265-115; *La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2016-391; *La acción de responsabilidad civil derivada del delito de lesa humanidad a la luz del Código Civil y Comercial y el régimen de responsabilidad del Estado*, por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZAVALÍA, ED, 267-737; *La responsabilidad del Estado: principios aplicables y consecuencias de la nueva regulación*, por MARÍA GRACIELA GIMÉNEZ, ED, 267-765; *El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado*, por FLORENCIA QUIROGA, MARÍA IBARZÁBAL y BELÉN ABBONDANZA, EDA, 2016-499; *Ciudadanía, libertad y bien común: ¿qué nos recuerda el aislamiento social obligatorio?*, por ALEJANDRO E. WILLIAMS BECKER, ED, 287-857; *Bien común e interés general*, por CARLOS E. GUARIGLIA, ED, 288-1442. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Miembro Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

su enfoque político o filosófico. Esta situación ha generado confusiones y errores.

Basta con recordar la visión utilitarista, contraria a los más elementales principios de justicia o de la ley natural, que identifica el bien común con aquel que proporciona utilidad al mayor número de personas que integran la sociedad o comunidad.

Por de pronto, el bien común no se opone a la autonomía del ser humano y no implica la exigencia de que el disfrute de los bienes deba ser realizado siempre en común o en comunidad. Antes bien, la esencia del concepto propende a la plena realización de la dignidad y libertad de todos y de cada uno de los integrantes de una determinada comunidad.

Menos aún se identifica con el interés del Estado que, como entidad superior, se encuentra al servicio de los administrados y no a la inversa. El estatismo representa, en todas sus aplicaciones, un falso principio doctrinario que resulta totalmente opuesto al bien común por más que, paradójicamente, constituya el fin del Estado en la teoría política.

Antes de analizar su conexión con las diferentes formas de justicia para poder captar la complejidad del concepto y considerar su aplicación como regla y principio vinculante de la actuación de las personas y de las entidades públicas y privadas, veamos los tres sentidos que la filosofía finnisiana nos ofrece a través de una explicación más realista y acabada del bien común.

En efecto, FINNIS, uno de los iusfilósofos que se han ocupado con profundidad del concepto de bien común, ha realizado una sistematización sobre los sentidos del concepto que merece nuestra particular adhesión.

El primero de esos sentidos alude a los valores o bienes humanos básicos, como la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica, los cuales "son buenos para todos y para cada una de las personas"⁽¹⁾.

En segundo lugar, cada uno de esos bienes básicos (la vida, por ejemplo) es un bien común en sí mismo, dado que puede ser participado por "un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o en una variedad inagotable de ocasiones"⁽²⁾.

El tercer sentido se define como "el conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para

(1) FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 184.

(2) *Ibidem*, p. 184.

realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva o negativamente) en una comunidad"⁽³⁾.

Una definición que guarda cierta semejanza, aunque sin referirse expresamente a la función de capacitar con miras a la colaboración en una comunidad con el objeto de realizar los valores humanos básicos, es la que proporciona el repertorio de la Doctrina Social de la Iglesia.

En este contexto, la función del bien común consiste en promover aquellas condiciones espirituales y materiales que les permiten a las personas vivir con dignidad o, en pocas palabras, las que consienten y favorecen el desarrollo integral de la propia persona humana⁽⁴⁾.

De alguna manera, este último sentido que caracteriza al bien común guarda similitud con el concepto de bienestar o interés general que utiliza la dogmática jurídica⁽⁵⁾.

En suma, el bien común es un principio nuclear de todo el ordenamiento jurídico, mientras que la justicia es la virtud por excelencia que busca la realización del bien común en todas sus especies (tanto en la general y particular como en la justicia social).

2. La justicia

La justicia supone una relación de igualdad cuyo objetivo esencial es, precisamente, la realización del bien común en las distintas especies de justicia, aun en la llamada justicia particular⁽⁶⁾.

La noción de justicia se integra con tres elementos: a) es una relación de alteridad, o sea, intersubjetiva, es decir que se orienta siempre a otra persona (solo en sentido figurado puede hablarse de hacerse justicia uno mismo); b) lo debido (el *debitum*) a otro y, correlativamente, el derecho que tiene esta persona a reclamar lo que considera como suyo, y c) la igualdad que, por constituir un elemento analógico, puede presentarse en formas variadas⁽⁷⁾.

La clasificación que brinda la escolástica, a través de TOMÁS DE AQUINO, se fundamenta básicamente en la doctrina de ARISTÓTELES y distingue dos grandes especies de justicia: general y particular.

La justicia general, también llamada legal, ordena todas las relaciones humanas al bien común (tanto las de las partes con la comunidad como las de las partes entre sí), así como a las demás virtudes. Se parte del principio que reconoce que "la parte, en cuanto tal, es algo del todo,

(3) FINNIS, John, *Ley Natural...*, cit., p. 184.

(4) Así se reconoce en el Concilio Vaticano II. Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, N° 74 y en las encíclicas *Mater et Magistra* y *Pacem in Terris* de Juan XXIII.

(5) FINNIS, John, *Ley Natural...*, cit., p. 184.

(6) FINNIS, John, *Ley natural y derechos fundamentales*, traducción de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 203.

(7) FINNIS, John, *Ley Natural...*, cit., ps. 191-193, a quien ha seguido y explicado con gran claridad MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, p. 138.

CONTENIDO

DOCTRINA

Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal, por Juan Carlos Cassagne 1

JURISPRUDENCIA

CIVIL

Rendición de Cuentas: Contrato de mandato: rendición de cuentas efectuadas por otro; precisión de los obligados (CNCiv., sala J, septiembre 29-2021) 4

COMERCIAL

Derechos del Consumidor: Tarjeta de crédito: entidad no financiera emisora; comisión por "exceso de límite de compra"; cobro; ilegitimidad; cláusula contractual; art. 37, inc. b), de la ley 24.240; aplicabilidad; acción de clase; asociación de consumidores; legitimación (CNCCom., sala C, agosto 23-2021) 5

COLUMNA LEGISLATIVA 8

donde todo el bien de la parte es ordenable al todo”. De ello se sigue que la materia común de esta clase de justicia es la esfera de actuación de las demás virtudes, pues todos los actos del hombre deben orientarse al bien común, “al menos de una manera negativa y mediata”⁽⁸⁾.

Se desprende de esta doctrina que “no hay plenitud fuera de la sociedad, y que la condición primordial de la existencia de la sociedad es la primacía del bien común. Se trata de la relación de reciprocidad entre lo individual y lo social”⁽⁹⁾. Por cierto que el bien común, aunque debe ser su objetivo primordial, nada tiene que ver con las concepciones de la razón populista que deforman la raíz filosófica del principio de prevalencia del bien común, regido por el principio de la subsidiariedad.

Subordinada a la justicia legal o general se encuentra la justicia particular, cuyas especies son las llamadas justicias conmutativa y distributiva. Al explicar estas formas de la justicia, TOMÁS DE AQUINO expresa que “la justicia particular se ordena, a una persona privada, que respecto a la comunidad es como la parte del todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes”⁽¹⁰⁾.

En la justicia conmutativa, la igualdad se establece de objeto a objeto (salvo que la condición personal sea causa de reales distinciones), mientras que en la justicia distributiva la igualdad que se realiza es proporcional a la condición de la persona y a las exigencias y necesidades del medio social⁽¹¹⁾. En cuanto al reparto que se opera en la justicia distributiva hay que tener presente que la medida de esas condiciones debe guardar proporción con la calidad, la aptitud o la función de cada uno de los miembros del cuerpo social⁽¹²⁾.

Para resolver los problemas de distribución no hay una única fórmula universalmente aplicable⁽¹³⁾ y habrá que estar a aquellos criterios que se desprenden de la razón, específicamente de los procedimientos de la razonabilidad práctica.

El equilibrio de la doctrina sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden imponerse el orden ni la paz, dado que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella⁽¹⁴⁾.

Seguimos pensando que el desarrollo actual de los Derechos Público y Privado no admite en absoluto la identificación del Derecho Público con la justicia legal y distributiva, ni del Derecho Privado con la justicia conmutativa⁽¹⁵⁾.

(8) URDANOZ, Teófilo, *Introducción a la Cuestión 58 de la Suma Teológica*, cit., t. VII, p. 264.

(9) CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, 2º ed., Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1945, p. 65, puntualiza: “Para nuestra plenitud personal es necesaria la vida en sociedad y cuanto más perfecta sea la vida social, mayores posibilidades de plenitud o perfección personal existirán para cuantos integran la comunidad. Y la medida de la perfección social la dará desde un cierto punto de vista nuestra perfección personal. Se desnaturaliza este movimiento circular del bien común y del bien individual sustituyendo la perfección personal por la libertad individual, con lo cual se desarticulan a un tiempo la persona y la sociedad, porque la libertad no es nunca un fin sino sólo un medio; o atribuyendo toda la virtud a la acción de la comunidad por el órgano de gobierno”.

(10) Cfr. *Suma Teológica*, t. VII, Biblioteca de Autores Cristianos, ps. 350-351 (S.T. 2.2. q. 61 a. 1). Véase especialmente PIEPER, Josef, *Justicia y fortaleza*, trad. del alemán, Madrid, 1968, p. 78 y ss. y los fallos de la Corte Suprema, “Valdez, José Raquel c/ Nación”, Fallos 295:937 (1976) y “Vieytes de Fernández, Juana suc. c/ Prov. de Buenos Aires”, Fallos 295:973 (1976) sobre justicia conmutativa. Un ejemplo de justicia distributiva en las relaciones privadas se encuentra en el caso “SA Barbarella CIFI”, Fallos 300:1087 (1978).

(11) PIEPER, Josef, *Justicia y fortaleza*, cit., ps. 111-112.

(12) “De ahí que en la justicia distributiva la comunidad deba a la persona en proporción a lo que merece —criterio moral— y en atención al beneficio que la distribución procura a la comunidad perfeccionando su estructura. A una persona puede deberle la comunidad una jerarquía del punto de vista moral, y sin embargo, no le deberá mando, porque puede no tener aptitud para ejercerlo” (cfr. CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, cit., ps. 63-64).

(13) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 203.

(14) Casares, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, cit., p. 66.

(15) La conclusión que sostenemos en el texto se ajusta a la doctrina tomista sobre la justicia (cit., t. VII, p. 351 [2.2. q. 61 a. 1] y ps. 360-

Los numerosos ejemplos que ofrece la realidad actual del mundo jurídico confirman esa conclusión, ya que puede advertirse que, mientras el Derecho Privado incorpora normas y se ocupa de relaciones fundadas en la justicia distributiva (v.gr., en materia laboral y en el derecho de las asociaciones), el Estado acude, en el ámbito del Derecho Público, a la concertación de acuerdos con los particulares, cuyas prestaciones se determinan, equilibradamente, por un acto conmutativo, donde el débito y el crédito tienen una directa relación entre sí en función de la cosa debida y no de la persona o exigencia sociales (v.gr., el contrato de suministro)⁽¹⁶⁾.

De otra parte, el Estado suele no tener muchas veces la administración del bien común en un sentido exclusivo e inmediato, ya que este puede realizarse a través de la actividad de las llamadas asociaciones intermedias, las cuales pueden configurarse —en el plano jurídico— como personas públicas no estatales o como personas jurídicas privadas⁽¹⁷⁾. Corresponde señalar, por último, que en el marco de las transformaciones que se vienen operando en el mundo tras la caída del socialismo Juan Pablo II, al promulgar la encíclica *Centesimus Annus*, destacó la positividad del mercado y de la empresa, a condición de que estén orientados a la realización del bien común⁽¹⁸⁾.

Por influencia de la Doctrina Social de la Iglesia católica se ha introducido una nueva denominación de un tipo específico de justicia, frecuentemente utilizado a partir de la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, que aparece directamente relacionado con las exigencias del bien común y con los deberes del Estado y de las personas, mediante la aplicación de los principios de solidaridad y de subsidiariedad, para subsanar las carencias sociales y para proteger los derechos de los trabajadores y operarios. Es la llamada justicia social que se ha considerado equivalente a la justicia legal o general⁽¹⁹⁾.

Al respecto, con base en la clásica formulación tomista sobre las distintas especies de justicia, puede concebirse a la justicia social como aquella que comprende todo el movimiento circular del acto justo, es decir, tanto la justicia general como la justicia particular (distributiva y conmutativa)⁽²⁰⁾. La circunstancia de incluir la justicia particular se explica por el hecho de que las obligaciones que se imponen a las personas no se orientan hacia la comunidad, sino a las partes de la relación. Hay que advertir que el término “conmutación” no se circunscribe a los intercambios, sino que se refiere a una expresión del latín clásico *commutatio* que equivale a cambio, con lo que al dejar de lado “los problemas de un patrimonio común y otros similares, el problema consiste en determinar qué tratos son adecuados entre las personas (incluyendo a los grupos)”⁽²¹⁾.

361 [2.2. q. 61 a. 4]), y, en esta parte, se hace referencia a una relación de servicio hacia la comunidad regida por la justicia conmutativa. Esta postura, que expusimos a partir de 1980 en diferentes partes de nuestra obra, ha sido sostenida también por Urrutigoity, Javier, “El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa”, en SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 219 y ss., esp. ps. 287-288.

(16) En contra: BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 89 y ss. Según este distinguido autor, “no es circunstancial definir la relación jurídica determinada como regida por la justicia distributiva o bien por la conmutativa. Éste es un criterio objetivo que se independiza de las circunstancias históricas en cuanto fundamento directo de la distinción...”. En efecto, es evidente que las circunstancias históricas no son fuente de la distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa, que obedece a su relación entre el bien común (en forma inmediata o mediata) y el bien individual y a la forma en que se establece la igualdad (en relación con la cosa o con la persona o medio social). Pero esas circunstancias históricas son, sin embargo, el fundamento real de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, una prueba de lo cual la ofrece el Derecho Comparado (del mundo occidental) donde no reina uniformidad respecto de la ubicación de importantes instituciones. La conclusión formulada por dicha doctrina es una consecuencia forzosa de la identificación que postula entre Derecho Público y justicia distributiva y entre Derecho Privado y justicia conmutativa.

(17) PIEPER, Josef, *Justicia y fortaleza*, cit., p. 115. Santo Tomás no acoge la clásica división entre Derecho Público y Privado esbozada por Aristóteles y recogida por Ulpiano (*Suma Teológica*, cit., t. VIII, p. 227, en la *Introducción a la Cuestión 57*, que efectúa Urdanoz).

(18) Cfr. *Centesimus Annus*, cap. V, punto 43.

(19) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 225, nota VII-6, siguiendo la opinión de DEL VECCHIO, en *Justice*, A. H. Campbell, Edimburgo, 1952, ps. 35-36.

(20) En sucesivos trabajos anteriores expusimos una opinión más restrictiva sobre la justicia social que ahora, siguiendo a FINNIS, hemos creído necesario ampliar (véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, Tº 1, 10º ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 33).

(21) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 207.

3. El contenido del bien común que persigue el Estado

El bien común es un principio totalizador exigible no solo para las distintas especies de justicia, sino también para toda la actividad del Estado habida cuenta de que constituye su causa final.

Aparte de los bienes básicos, el bien común se integra con bienes o valores de segundo grado que cumplen la función de lograr esos bienes básicos y los valores espirituales y materiales que hacen a la felicidad de todas y cada una de las personas.

Este título común de atribución de potestades y deberes se concreta en la protección y promoción de bienes de diferente naturaleza, gobernados todos ellos por el principio de subsidiariedad (del que más adelante nos ocupamos), sin hallarse limitado a los bienes de naturaleza económica.

Ante todo, el esquema directriz del Estado ha de ser, por principio, el de una “economía social de libertad ordenada”⁽²²⁾, en la que se combinan diferentes modalidades y fundamentos que justifican la intervención estatal en el campo económico.

De este modo, la transferencia al Estado de los medios de producción se halla justificada solo en supuestos excepcionales, tales como a) la producción de energía atómica en virtud del carácter extraordinario de los efectos nocivos que dicha actividad produce sobre las personas; b) monopolios que afecten la libre concurrencia al mercado, y c) insuficiencia del capital para encarar una producción vital y necesaria para la comunidad⁽²³⁾.

Pero no existe justificación alguna para socializar actividades que normalmente son prestadas de manera más eficiente por los particulares, contribuyendo al bien común (v.gr., la producción agraria y las empresas de fines culturales o de difusión como la prensa, editoriales, empresas de servicios públicos no monopolísticas, etc.)⁽²⁴⁾.

En definitiva, el contenido del bien común se relaciona con la realización de actividades económicas, sociales, culturales, de salud pública, defensa, seguridad, justicia, legislación, etc., que son, en general, aquellas que todas las Administraciones de los países definen como materias que integran la competencia de los distintos Ministerios y órganos que forman parte de la Administración Pública (en sentido amplio).

4. Los criterios de la igualdad distributiva

Los caminos de la filosofía y los del derecho no siempre han confluído. Mientras desde el punto de vista filosófico clásico se concibe la igualdad como una proporcionalidad⁽²⁵⁾ que alude a un cierto equilibrio o contrapeso establecido conforme a la razón práctica, el derecho constitucional decimonónico y los ordenamientos subsiguientes acuñaron un concepto jurídico de la igualdad: la igualdad ante la ley.

Pero, al hacer el análisis de este último principio, no puede dejar de advertirse que la igualdad puede referirse tanto a una relación formal (v.gr., el procedimiento) como sustancial o material (ej., ventajas o beneficios que acuerdan una ley, reglamento o acto administrativo).

A su vez, en el marco constitucional positivista en el que prevalecía la concepción formal que predicaba la igualdad ante la ley, la tendencia más evolucionada llegó a propugnar una fórmula que pretendía cumplir con el dogma de la plenitud del ordenamiento y, sobre todo, a través de HART, difundió la idea de que la igualdad consiste en “tratar como semejantes los casos semejantes y de manera diferente los casos diferentes”⁽²⁶⁾, concepto al que considera un elemento central de la noción de justicia, si bien reconoce que en sí mismo es incompleto y que mientras no se lo complementa no puede utilizarse como guía de la conducta a seguir. Para ello, entiendo necesario que se establezca un criterio relevante para establecer las

(22) MESSNER, Johannes, *Ética General y Aplicada*, trad. del alemán, Rialp, Madrid, 1969, p. 308.

(23) *Ibidem*, p. 310.

(24) Véase: MESSNER, Johannes, *Ética General...*, cit., p. 310 y ss.

(25) Véase: ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, V. 3: 1131a31 (cfr. cita de FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 193, nota 3).

(26) HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, traducción del inglés del libro *The Concept of Law*, por Genaro R. CARRIÓ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 198. En realidad, la fórmula de Hart se remonta a ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, cit., V. 6 [1131a] y *Política* III-9 [1280x]).

semejanzas y diferencias o lo que equivale a reconocer que la fórmula es, en sí misma, una fórmula vacía de contenido, como lo prueba el propio HART cuando se refiere a los distintos criterios que justifican el trato diferenciado en la justicia distributiva. FINNIS se ha dado cuenta de la deficiencia de la fórmula y la resuelve afirmando que lo que importa es cuáles son aquellos principios que le permiten “valorar cómo debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de determinada manera) prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así”⁽²⁷⁾. Pone como ejemplo el principio que prohíbe la tortura, el cual es incontestable, pues se aplica a los desiguales del mismo modo que a los iguales, en todos los casos. El pensamiento de FINNIS sobre esta regla consiste en reconocer que todos los miembros de una comunidad gozan por igual del derecho a una consideración respetuosa, aunque para resolver problemas de justicia distributiva la igualdad sea un principio residual, que se aplica cuando otros criterios no son suficientes, no para realizar la igualdad sino el bien común, que puede sintetizarse en la realización plena de la vida y de los bienes humanos básicos por parte de todos y cada uno de los miembros de una comunidad.

Y aun reconociendo que no existen patrones precisos para valorar estas cuestiones, FINNIS acude –siguiendo en esto a HART⁽²⁸⁾– a la necesidad como criterio principal de distribución, el que completa con otros criterios, como (i) el de la función, referido no directamente al bien humano básico, sino a los roles y responsabilidades de cada uno en el seno de la comunidad; (ii) la capacidad para cumplir con los roles en las empresas comunes y respecto de las oportunidades para el progreso individual (v.gr., el acceso a la educación superior); (iii) los méritos y los aportes que derivan del sacrificio propio o del esfuerzo y habilidad de las personas, y (iv) la distribución para compensar los costos y las pérdidas de una empresa, donde lo equitativo dependerá de si las personas han creado o al menos previsto y aceptado riesgos evitables, mientras otras personas ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, de evitarlos o de asegurarse contra dichos riesgos. De lo que se trata, en definitiva, no es de evaluar estados de cosas, sino la exigencia de la razonabilidad práctica en cuanto a personas determinadas en sus tratos recíprocos⁽²⁹⁾.

Lo cierto es que la distinción entre justicia distributiva y conmutativa no constituye más que una forma tendiente a facilitar el análisis y que –como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos– muchas acciones del Estado, y aun de los particulares, pueden ser, a la vez, “distributiva y conmutativamente justas (o injustas)”⁽³⁰⁾.

En cualquier caso, la igualdad no constituye un principio absoluto sino relativo, habida cuenta de que, salvo el derecho a la vida y sus derivados (v.gr., prohibición de la tortura), no existen principios ni derechos absolutos y estos se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN). La jurisprudencia de la Corte ha sostenido desde hace mucho tiempo⁽³¹⁾ el carácter relativo del principio de igualdad.

5. Justicia distributiva y políticas distributivas

El error de considerar que la justicia distributiva era la justicia del Estado⁽³²⁾ proveniente de la obra del CARDENAL CAYETANO provocó una serie de confusiones. La primera consistió en identificar la justicia distributiva con el derecho público, aspecto del que nos hemos ocupado precedentemente. Otro error ha consistido en no distinguir entre justicia distributiva y políticas distributivas, postura que subyace en muchas de las concepciones sostenidas en la actualidad para negar que la reparación con motivo de sacrificios expropiatorios o equivalente debe ser plena, conforme a los principios de la justicia conmutativa.

Mientras que la política distributiva encierra un contenido más amplio, si bien puede dar lugar a la creación, por

vía legal, de relaciones propias de la justicia distributiva, esta última constituye siempre una relación de alteridad. La política distributiva, las más de las veces, se traduce en decisiones de política económica, social (sanitaria y educacional) que entran en el campo de lo discrecional, no obstante existir el deber genérico de los gobernantes de impulsar el progreso social. Algo similar acontece con los nuevos derechos constitucionales, ya que como lo han reconocido la Corte Suprema y los tratados internacionales buena parte de ellos se caracteriza por tener una operatividad derivada, dependiendo de las posibilidades financieras de los Estados⁽³³⁾.

En suma, las políticas distributivas, más que fundarse en la estructura clásica de la justicia distributiva, constituyen decisiones de política legislativa, de carácter discrecional (no por ello exentas del control judicial de razonabilidad), fundadas en valores inherentes a la solidaridad que, muchas veces, no son mandatos vinculantes y, en otros casos, derechos sociales cuya operatividad es derivada en cuanto dependen de obligaciones de hacer de los poderes públicos que no pueden disponer a su antojo de los recursos públicos, sino dentro de las posibilidades presupuestarias y financieras de cada país, como, por otra parte, lo prescriben tratados internacionales⁽³⁴⁾, que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

6. El principio de subsidiariedad: hacia el Estado subsidiario

Como el centro de todos los principios radica en la dignidad de la persona humana, el binomio justicia y bien común carecería de sentido si no está orientado hacia la realización de la autonomía plena de todas y cada una de las personas que integran la comunidad estatal.

En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático, Estado de Bienestar y, actualmente, Estado Regulador y Garante⁽³⁵⁾, que representa la recepción del principio de subsidiariedad⁽³⁶⁾ en este modelo de Estado que propicia la doctrina europea como pieza central del Estado de Derecho Constitucional⁽³⁷⁾.

Desde hace tiempo venimos sustentando esta última concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia católica⁽³⁸⁾, sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28 de la CN⁽³⁹⁾.

En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas⁽⁴⁰⁾.

Este principio ha sido recogido recientemente en el Protocolo 15 del Convenio Europeo, si bien con una regu-

(33) *Ibidem*, *Los grandes principios...*, cit., ps. 59-60 y nota 162.

(34) Art. 22, DUDH; Art. XI, Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(35) Ampliar en nuestro *Derecho Administrativo y Derecho Público General*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2020, p. 121 y ss.

(36) COVIELLO, Pedro J. J., “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”, en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 22-24.

(37) Durán Martínez, Augusto, “El Derecho Administrativo al servicio de la casa común”, en el libro que bajo el mismo título publicó la Universidad Católica del Uruguay (Actas de las V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo), Editores Información Jurídica, Montevideo 2017, p. 15 y ss., apunta que “el principio de subsidiariedad calza a la perfección con el nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho forjada por el neoconstitucionalismo o el nuevo constitucionalismo...” (ob. cit. p. 43 *in fine*).

(38) Principio especialmente desarrollado a partir de la encíclica *Quadragesimo Anno*.

(39) Así lo sostenemos en el *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, 12ª ed. actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 48, nota 147 y sus citas. Ver también, BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, p. 35 y ss.

(40) En este sentido concordante se ha dicho en un fallo de la Corte que el “Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual” (disidencia del juez Ricardo Luis Lorenzetti en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de 4/5/2021, Considerando 2º, párrafo segundo).

FONDO EDITORIAL



Lucas Anibal Piaggio
María Eugenia Mittera
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Derecho
2018
232 páginas
ISBN 978-987-3790-74-4

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

lación que circunscribe la subsidiariedad a las relaciones con los Estados integrantes de la Unión Europea, es decir, a la llamada subsidiariedad territorial y no horizontal⁽⁴¹⁾.

Como es sabido, la subsidiariedad tiene dos perfiles. Uno fundamental (la faz pasiva) que veda la injerencia del Estado en todas aquellas actividades que puedan llevar a cabo las personas privadas o las comunidades menores (privadas o públicas), y otro que hace a la función de suplencia que debe cumplir el Estado de cara a la insuficiencia de la actividad privada o de las comunidades públicas menores al Estado, especialmente en el ámbito territorial, porque, como indica la razón de ser de la descentralización, se administra mejor de cerca de los ciudadanos y empresas.

La vigencia y aplicación de la regla de la subsidiariedad reviste una condición suficiente y necesaria en el combate contra la pandemia (tal como ha ocurrido y está ocurriendo en los Estados Unidos de Norteamérica). De lo contrario, si todas las acciones de protección de la salud se dejan en manos exclusivas del Estado crecerá seguramente la ineficiencia, generándose un ambiente propicio a la politización y, en algunos casos, a corruptelas entre gobernantes y empresarios.

En prieta síntesis, el axioma que representa el principio de subsidiariedad puede expresarse del siguiente modo: tanta libertad como sea posible y tanto Estado como sea necesario⁽⁴²⁾. Hay, pues, una equivalencia de fines entre el Estado Regulador y Garante y el Estado Subsidiario.

7. La interrelación entre lo público y lo privado

Si bien la conformación de las instituciones y principios que componen el Derecho Público es un fenómeno relativo, derivado de la condición de categoría histórica que es propia de cada ordenamiento jurídico, no puede desconocerse que existen grandes coincidencias con algunos sistemas, sobre todo entre los ordenamientos que han recogido, en mayor o menor medida, el modelo del Derecho Administrativo francés.

Sin embargo, la evolución comparatista revela el desarrollo de una compleja trama de relaciones entre lo público y lo privado caracterizadas por la interrelación o entrecruzamiento que, sucesivamente, se ha ido operando entre ambas ramas del Derecho.

Las transformaciones económicas y sociales, el cambio tecnológico y la defensa del mercado (subsidiariedad) han desplazado la influencia de concepciones ideológicas en un acelerado proceso que ha pasado por diferentes etapas. Así, de una huida inicial del Derecho Administrativo (coincidente con el fin del ciclo del Estado benefactor) se pasó a una extensión de su contenido a través de un proceso de interrelación entre lo público y lo privado. Esta interpolación no implica, necesariamente, unificar los derechos –como ocurre actualmente en Europa–, sino sentar una serie de reglas comunes aplicables en el marco del derecho comunitario que, como es sabido, se proyecta al derecho interno de cada Estado. Tal es lo que ha ocurrido en el derecho comunitario europeo en el que se han

(41) Ver, al respecto: VIGNOLO CUEVA, Orlando, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*, ed. Palestra, Lima, p. 43 y ss.

(42) Cfr. MESSNER, Johannes, *La cuestión social*, 2ª ed., trad. del alemán, ed. Rialp, Madrid, 1976, p. 543 y ss.

(27) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 193-194.

(28) HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 203 y ss.

(29) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 204.

(30) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 208.

(31) Fallos 151:359 (1928), *in re* “Eugenio Díaz Vélez c/ Provincia de Buenos Aires”.

(32) Ampliar en nuestro libro *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Reus, Madrid, 2016, ps. 419-422, con cita de los trabajos de ROSSI, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Educa, Buenos Aires, 2000, p. 21 y ss. y de HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 38-49.

generalizado los sistemas de selección y adjudicación de contratistas mediante procedimientos contractuales que vinculan, preceptivamente, a empresas privadas, con anterioridad regidas, en plenitud, por el principio de la autonomía de la voluntad y ahora por reglas y procedimientos de derecho público.

Al propio tiempo que se generaliza la posibilidad de una aplicación analógica del Derecho Privado a relaciones en que es parte el Estado y se unifica el derecho comunitario europeo en muchas materias bajo la recíproca influencia de instituciones públicas y privadas, lo notable es que, en el Derecho anglosajón, tanto en Inglaterra⁽⁴³⁾ como en Estados Unidos de Norteamérica, la tendencia se orienta hacia el crecimiento de derechos distintos del *common law* tradicional (particularmente en Estados Unidos con el derecho estatutario)⁽⁴⁴⁾ y hasta se menciona el abandono de la antigua concepción de DICEY⁽⁴⁵⁾ comenzando a desarrollarse concepciones que son propias del Derecho Público⁽⁴⁶⁾, aceptando, finalmente, el control de los hechos determinantes de la actividad administrativa⁽⁴⁷⁾, si bien en forma mucho más limitada que en el derecho continental europeo.

No es el caso, entonces, de proponer generalizaciones en nuestro Derecho que en el Derecho Comparado están siendo objeto de una profunda transformación y dar recetas equivocadas o mal fundadas, como las que pretenden que el Derecho Administrativo debe seguir el modelo estadounidense, en forma exclusiva, no obstante que nuestra Constitución reconoce su origen en otras fuentes, incluso vernáculas, sin desconocer la mayor densidad, cualitativa y cuantitativa, que posee la fuente norteamericana en la que se inspiró ALBERDI.

8. Bien común e interés público: su rango de principio general del derecho

Hasta aquí, hemos visto como lo común (a todos y a cada una de las personas) no se identifica con los diversos sentidos que posee el concepto, ya que –por aplicación del principio de subsidiariedad– el bien común puede coincidir tanto con el interés público (el del todo social) como con el interés privado (el de una parte del todo) y hasta puede ocurrir que ambos intereses confluyan en la realización del bien común (ej., establecimientos de medicina privada, educativos, etc.). En otros casos, el monopolio de la fuerza pública conduce a que la titularidad del interés público propio de la policía de seguridad y de su gestión deba corresponder siempre al Estado, por su incompatibilidad con el ejercicio privado de dicha función. A nadie se le ha ocurrido todavía la idea de privatizar la policía de seguridad.

Si se reconoce la primacía del bien común en el orden jurídico, lo más trascendente será reconocerle (contenga o no el interés público) el carácter de mandato vinculante⁽⁴⁸⁾, o sea, de una regla de derecho imperativa, aunque se trate de una regla incompleta, en el sentido de que es un mandato carente de supuestos de hecho, cuyas consecuencias jurídicas son determinadas por los jueces a través de la técnica de la ponderación (una faceta del procedimiento de justificación racional de las decisiones).

En resumidas cuentas, además de los principios de primer grado constituidos por aquellos principios básicos que derivan el derecho del razonamiento práctico, interactúan también otros principios generales del derecho de segundo grado que justifican normas (o reglas en la terminología de FINNIS) y determinaciones particulares.

La enunciación de algunos de esos principios generales del derecho de segundo grado nos muestra un mosaico

polifacético y variado, caracterizado por sus interrelaciones y aplicaciones analógicas en los derechos público y privado, el cual puede resumirse en estos axiomas: a) el sacrificio forzoso del derecho de propiedad por ley expropiatoria ha de compensarse con una justa indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, con arreglo a los principios de la justicia conmutativa; b) no se puede ir contra los actos propios; c) el abuso del derecho no está permitido; d) el enriquecimiento sin causa exige la restitución; e) los contratos se celebran para ser cumplidos (*pacta sunt servanda*); f) la protección judicial y administrativa de los derechos; g) nadie puede ser juez en su propia causa; h) la prohibición de invocar la propia torpeza; i) la nulidad del fraude y sus efectos, etc.⁽⁴⁹⁾

Desde luego que, en el campo de la interpretación, cualquiera de ellos puede ser derogado singularmente por otros principios del bien común, pero no hay duda de que “son realmente principios”, cuya enunciación no se agota con el cuadro que se ha expuesto al solo efecto de demostrar la sustancia jurídica de una materia compleja que no puede resolverse con una simple ecuación dependiente solo del derecho positivo con olvido de la justicia.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ECONOMÍA - ESTADO - COMERCIO E INDUSTRIA - CULTURA - SERVICIOS PÚBLICOS - PERSONA - SALUD PÚBLICA - EMERGENCIA ECONÓMICA - DERECHO CONSTITUCIONAL - ACCESO A LA JUSTICIA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO COMPARADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - EMPLEADOS PÚBLICOS - PODER EJECUTIVO - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO

[49] Véase FINNIS, John, *Ley Natural...*, cit., p. 315.

JURISPRUDENCIA

Rendición de Cuentas:

Contrato de mandato: rendición de cuentas efectuadas por otro; precisión de los obligados.

1 – *Aun cuando la acreedora se encuentre en situación desfavorable para rendir las cuentas efectuadas por otro, lo cierto y determinante es que su “cálculo de ingresos” no puede ser considerado (categorizar) como una rendición de cuentas al carecer de una adecuada o suficiente explicación y justificación de las operaciones involucradas, extremo que aparea que la decisión de la sentenciante de grado de desestimarla se encuentre plenamente justificada.*

2 – *No corresponde exigir al accionante que cumpla las mismas formalidades que el demandado en términos de precisión, descripción y documentación, pues por obvias razones carece de los elementos necesarios para cumplir con un análisis exhaustivo de la gestión realizada por el obligado a rendirlas, y su presentación se puede limitar a un cálculo de los resultados obtenidos de la gestión y, en todo caso, será el demandado quien tenga la carga de probar las impugnaciones que realice respecto de la inexactitud de las cuentas presentadas por el primero.*

3 – *La obligación de rendir cuentas es una obligación de hacer (art. 615, CC; arts. 773 y ss., CCyCom.) que consiste en presentar a la parte que tiene derecho a solicitarla un estado detallado de la gestión, e importa una exposición ordenada de los ingresos y de los egresos con sus comprobantes respectivos. P.I.M.*

60.882 – CNCiv., sala J, septiembre 29-2021. – D., C. L. c. D., L. A. s/rendición de cuentas - ordinario.

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 29 días del mes de Septiembre del año dos mil veintiuno, reunidos en acuerdo las señoras juezas y el señor juez de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: “D., C. L. c/ D., L. A. s/ Rendición de cuentas - Ordinario” (Expte. N° 97.461/13), respecto de la sentencia dictada, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, arrojó como resultado que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señoras juezas de Cámara doctoras Beatriz Alicia Verón y Gabriela Mariel Scolarici, y señor juez de Cámara doctor Maximiliano Luis Caia.

A la cuestión propuesta, la Dra. *Beatriz A. Verón* dijo:

1.1. Contra la sentencia definitiva de primera instancia se alzan las partes y expresan sus agravios que merecieron oportunas respuestas.

1.2. La demandante reclama que ante la omisión de su contraria debe aprobarse su propia rendición de cuentas (art. 652 del CPCCN) pues tuvo como base contratos obrantes en autos entre otros elementos objetivos, en presentación que además no mereció oposición de su contraria.

1.3. El demandado, por su parte, impugna que sea su hermana quien deba presentar una nueva rendición de cuentas por habersele rechazado la que efectuó, y requiere en cambio que se ordene la producción de la prueba informativa ofrecida a numerosas entidades para demostrar los egresos que realizara como administrador.

Por otro lado, impugna la imposición de costas a su cargo respecto a la segunda etapa del proceso, y la distribución por su orden respecto al rechazo de la excepción de prescripción.

1.4. En el marco de las Acordadas 13/20, 14/20, 16/20 y 25/20 de la CSJN, se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

2.1. El Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 01/08/2015, contempla de manera expresa lo tocante a la “temporalidad” de la ley, pues su art. 7° dispone que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Dicha norma debe ser interpretada de manera coherente sobre la base de la “irretroactividad” de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, las relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, y las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (esta Sala, “Letwiniuk, Oscar c/ Bernardo, Jorge s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 14.222/2013, del 30/4/2021; ídem, “Mele, Miguel c/ Feroy, Gustavo s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 51.716/2.012, del 03/3/2020; ídem, “De Marco, Silvina c/ Ford Arg. s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 56.867/2.010, del 05/4/2.018, entre muchos otros).

2.2. Asimismo cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto por nuestro más Alto Tribunal sobre el art. 7° del CCyCom., la interpretación de las normas del Código de Vélez Sarsfield debe realizarse de manera armónica en lo posible con el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación (*in re* “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART”, 10/8/2017, Fallos 240:1038).

2.3. Tengo presente que en el caso *sub examine* las cuentas en discusión se refieren a períodos anteriores a la fecha en que entró en vigencia el CCyCom.

No obstante, se impone seguir la citada doctrina jurisprudencial por existir una clara continuidad entre las soluciones que permitía el código anterior –interpretadas dinámicamente a la luz de la doctrina y jurisprudencia más reciente– y las que ahora consagra el Código Civil y Comercial de la Nación en los arts. 858/854.

Por lo demás, cabe señalar que desde luego también resulta operativo lo dispuesto en la materia por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 652/657.

2.3. [*sic*] En otro orden, adelante, que seguiré a los recurrentes en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (C.S.J.N., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros) pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611), las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama “jurídicamente relevantes” (Proceso y Derecho Procesal, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei (“La génesis lógica de la sentencia civil”, en Estudios sobre el proceso civil, págs. 369 y ss.).

3.1. Comienzo por señalar que se encuentra fuera de controversia la existencia del contrato de mandato que ligó a las partes (hermanos) aquí litigantes, su límite temporal y la consecuente obligación legal de rendir cuentas que el demandado reconoció al contestar demanda.

[43] Véase, BELL, John, “Droit Public et Droit Privé: une nouvelle distinction en Droit anglais”, en *Revue Française de Droit Administratif*, nro. 1 (3), Dalloz, París, 1985, ps. 400-409.

[44] GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 21.

[45] Cfr. BELL, John, “Droit Public et Droit Privé: une nouvelle distinction en Droit anglais”, cit., p. 409.

[46] Ver CASSESE, Sabino, *Trattato di Diritto Amministrativo*, t. I, Giuffrè, Milán, 2000, p. 55 y ss., esp. ps. 38-44.

[47] GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *El alcance del control judicial...*, cit., p. 29 y ss.

[48] El desarrollo del concepto de principio lo hemos efectuado en obras anteriores, particularmente en *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, 2° ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 71 y ss. Cabe advertir que FINNIS distingue entre reglas y principios considerando que las primeras son las normas completas, pero reconociendo el carácter imperativo de los principios, si bien pueden ser satisfechos mediante la creación positiva de complejas estructuras administrativas y judiciales.

3.2. El art. 1909 del Código de Vélez impone al administrador efectuar la correspondiente “rendición de cuentas”, obligación legal que de manera armónica y compatible el Código Civil y Comercial regula en sus arts. 858/864 y en el art. 1324 inc. “f”, haciéndolo de manera clara y precisa.

En forma genérica y con alcance introductorio a lo que se discute en autos, cabe afirmar que todo sujeto debe conducir sus actividades y negocios según el modelo o cartabón del “hombre razonable” (*reasonable man*), útil fórmula incorporada con solvencia en el nuevo régimen codificado en el art. 729 del CCyCom. y que reconoce el noble antecedente del art. 1198, 1º párrafo del Código de Vélez (mi voto *in re* “Dembovich, Pedro c/ Chornogubsky Clerici, Andrés y otros s/ Nulidad de Escritura”, Expte. Nº 58.124/2.010, del 08/8/2019).

La obligación de rendir cuentas es una obligación de hacer (art. 615 CC, arts. 773 y ss. CCyCom.) que consiste en presentar a la parte que tiene derecho a solicitarla un estado detallado de la gestión, e importa una exposición ordenada de los ingresos y de los egresos con sus comprobantes respectivos (Fenochietto, Carlos, Código Procesal Civil y Comercial, Astrea, t. 3, pág. 499).

L. A. D. debía llevar una prolija y completa contabilidad en orden a formular una rendición descriptiva y documentada, con las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión, acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos (salvo que resulte de uso no extenderlos) y su concordancia con los libros que se lleven, todo lo cual es regulado con precisión por el art. 859 del CCyCom.

3.3. Ahora bien, respecto al reclamo de la accionante en torno a que se apruebe la rendición de cuentas que ella misma efectuara, considero criteriosa y ajustada a las circunstancias de la causa la solución alcanzada por la sentenciante de grado y propondré su confirmación.

En efecto, comienzo por poner de resalto la importancia de lo que se discute en autos, pues su objeto radica o comprende numerosos bienes de la actora, en especial su cuota parte correspondiente al condominio que integra una fracción de campo de una extensión de dos mil cincuenta y nueve hectáreas denominado “S. P.” y se encuentra ubicado en el cuartel sexto del Partido de San Cayetano, Provincia de Buenos Aires.

En esta inteligencia también observo que el demandado no produjo ninguna prueba a pesar del extenso ofrecimiento que practicara en su escrito introductorio, actitud que debe ser leída a la luz de la regla cardinal emergente del art. 377 del CPCCN.

Antes de presentar sus propios “cálculos”, la actora apelante impugna la presentación efectuada por su contraparte a través de numerosas negativas que son de un tenor o complejidad digno de mención, y que en todo caso resulta revelador de la complejidad de la relación comercial existente entre los hermanos litigantes.

Desde allí entonces cabe partir en orden a efectuar el análisis estricto y pormenorizado de las “cuentas” que sostiene la actora haber presentado, mas es ella misma quien en rigor oportunamente las calificara como un “cálculo de ingresos” (*sic*).

En efecto, en su presentación de fs. 135/136, lo que hizo fue practicar un “cálculo de ingresos según valores estipulados en los contratos de arrendamiento rural y precio de los cereales y novillos” (*sic*) y no una rendición de cuentas.

Ese ha sido el alcance y tenor de las “cuentas” efectuadas por la parte actora, me refiero específicamente a ciertos contratos como el apuntado con “Gualok S.A.” del 30/10/2002 por 889 hectáreas, que involucra operaciones de trigo y novillo que abarcan los períodos 2003 a 2007; con “Damas SH” de la misma fecha y por 1.150 hectáreas por los mismos conceptos y períodos; también el contrato celebrado con “Macizo Central SRL” del 10/02/2006, en este caso sólo por trigo y por los períodos que abarcan los años 2006 a 2012, y finalmente un denominado “contrato accidental” de fecha 2012...

Por esta vía la actora computa un tercio del monto total y arriba a la suma de U\$S 598.557 que fija el alcance de su pretensión en autos.

3.4. Como se advierte de manera diáfana, se trata de un cómputo que en ningún caso alcanza a contemplar o abarcar de manera razonablemente los negocios involucrados.

Lo expuesto por tanto se decide en recto cumplimiento de las facultades ordenatorias e instructorias que dimanar del art. 35 del CPCCN.

En efecto, aun cuando la acreedora se encuentre en situación desfavorable para rendir las cuentas efectuadas por otro, lo cierto y determinante es que su “cálculo de ingresos” no puede ser considerado (categorizar) como una rendición de cuentas al carecer de una adecuada o suficiente explicación y justificación de las operaciones involucradas, extremo que apareja que la decisión de la sentenciante de grado de desestimarla se encuentre plenamente justificada.

Desde luego, tengo presente que no corresponde exigir a C. L. D. que cumpla las mismas formalidades que L. A. D. en términos de precisión, descripción y documentación, pues por obvias razones carece de los elementos necesarios para cumplir con un análisis exhaustivo de la gestión realizada por el obligado a rendirlas, y su presentación se puede limitar a un cálculo de los resultados obtenidos de la gestión y en todo caso será el demandado quien tenga la carga de probar las impugnaciones que realice respecto de la inexactitud de las cuentas presentadas por el primero (Scolarici, Gabriela M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Areán, Beatriz A., Highton, Elena (Dir.), Hammurabi, 2009, T. 12, pág. 766).

3.5. Por las razones hasta aquí desarrolladas, también se impone el rechazo del requerimiento del demandado en torno a que sea la actora quien practique la rendición de cuentas.

En efecto, cabe desestimar de plano esta queja pues no corresponde ordenar nuevamente la producción de una prueba informativa que ya fuera ofrecida en la etapa procesal oportuna y que no se produjo, siendo que la actora acusó la negligencia del demandado en la producción de nutrida prueba informativa y testimonial (fs. 182/183).

Se decretó la negligencia del accionado en su producción en virtud de la demora y el perjuicio consecuente que resulta imputable a su inacción en los términos que surgen del art. 384 del CPCCN (cfr. resolución de fs. 549/550 de fecha 20/10/2016).

3.6. Por lo demás, el argumento que el apelado esgrime en su escrito de contestación de agravios no resiste el análisis, pues la existencia de dos procesos en trámite ante diferentes juzgados iniciados por sus dos hermanas, no puede considerarse como parte de una “maniobra” o estrategia para “encubrir, disfrazar o embozar” (*sic*) nada.

Los principios “dispositivo” y de “preclusión” procesal los que iluminan y confieren basamento a la decisión que propongo confirmar.

3.7. A la luz de todo lo expuesto, considero que las costas de la segunda etapa del proceso deben ser afrontadas por el accionado (art. 68 del rito).

4.1. Análisis aparte merece la queja del demandado en torno a la imposición de costas por su orden habiéndose admitido su defensa de prescripción, caso en el que nuevamente considero prudente la decisión adoptada en la anterior instancia y por tanto propondré confirmar.

4.2. La cuestión no puede resolverse como pretende L. A. D., haciendo una aplicación matemática o mecánica de la regla contenida en el 1º párrafo del art. 68 del rito.

En efecto, tal decisión importaría desatender las particularidades que presenta este conflicto, me refiero especialmente al contexto general de la relación personal-familiar existente entre los hermanos litigantes (aspecto en el que insiste permanentemente el mismo quejoso), y por su intermedio la consecuente dinámica de la relación obligacional contractual que se prolongó a lo largo de 23 años durante los que el accionado representó a la accionante en sus negocios.

Por tal razón, cabe acudir a la previsión legal contenida en el 2º párrafo del art. 68 del rito ya que plasma una fórmula que está dotada de suficiente “elasticidad” como para resultar aplicable cuando lo requieren las particularidades del caso (cfr. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 373; esta Sala *in re* “Behar, Rubén David c/ Cencosud S.A. y otros s/ Ds. y Ps.”, Expte. Nº 92.579/2.012, del 02/6/2017; ídem, “Legnazzi, M. Patricia c/ Giménez, Daniel s/ Ds. y Ps.”, Expte. Nº 38.722/2.008, del 05/11/2.016; ídem, “Aquila, Ema c/ Pero, Jorge s/ Ds. y Ps.”, Expte. Nº 42.799/2.001, del 01/10/2.013, entre otros), y es precisamente lo que acontece en el *sub examine* como explicitara desde el primero de los acápites de este pronunciamiento.

4.3. Por tanto, también aquí propongo confirmar lo prudente y criteriosamente decidido en la instancia de grado.

5. A tenor de todo lo expuesto doy mi voto para:

a) Confirmar el fallo apelado en todo lo que ha sido objeto de agravio.

FONDO EDITORIAL



MAXIMILIANO N. G. COSSARI
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
**Prevención y punición
en la responsabilidad civil**
ISBN 978-987-3790-45-4
241 páginas

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

b) Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68, 2º párrafo, CPCCN).
c) Diferir la regulación de honorarios.

La Dra. *Gabriela Mariel Scolarici* y el Dr. *Maximiliano Luis Caia* adhieren al voto precedente.

Y Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal *resuelve*:

a) Confirmar el fallo apelado en todo lo que ha sido objeto de agravio.

b) Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68, 2º párrafo, CPCCN).

c) Diferir la regulación de honorarios.

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada Nº 15/13 art. 4º) y, oportunamente, devuélvase. – *Beatriz A. Verón*. – *Gabriela M. Scolarici*. – *Maximiliano L. Caia*.

Derechos del Consumidor:

Tarjeta de crédito: entidad no financiera emisora; comisión por “exceso de límite de compra”; cobro; ilegitimidad; cláusula contractual; art. 37, inc. b), de la ley 24.240; aplicabilidad; acción de clase; asociación de consumidores; legitimación.

1 – La accionada –entidad no financiera, sujeta al control del BCRA en lo pertinente– debe ser condenada a reintegrar a los usuarios de la tarjeta de crédito por ella emitidas los importes cobrados en carácter de comisión por “exceso de límite de compra”, pues no se halla acreditada la existencia de un servicio efectivo y concreto que se prestase bajo el rótulo en cuestión a los fines de percibir del cliente la mencionada comisión. Máxime cuando dicha conducta resulta violatoria del deber de buena fe y de información que debe primar en una relación de consumo, lo que resulta dirimente a los efectos de tener por ilícita la cláusula contractual respectiva y tenerla por no escrita en los términos del art. 37, inc. b), de la ley 24.240.

2 – La asociación de consumidores actora se halla legitimada para interponer la presente acción de clase a fin de cuestionar la legitimidad de lo cobrado por la demandada en carácter de comisión por “exceso de límite de compra” a los usuarios de las tarjetas de crédito por ella emitidas, pues se trata de derechos individuales homogéneos que habilitan idéntico tratamiento y la posibilidad de las asociaciones como la accionante de promover reclamos de carácter patrimonial, es temperamento expresamente admitido por el art. 54, párrafo tercero, de la LDC; solución que no varía por tratarse la aquí accionada de una entidad no financiera. R.C.

60.883 – CNCom., sala C, agosto 23-2021. – Unión de Usuarios y Consumidores c. Coto C.I.C.S.A. y otro s/ordinario.

En Buenos Aires a los 23 días del mes de agosto de dos mil veintiuno, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores y Otro c/ Co-

to C.I.C.S.A. s/ ordinario” (Expediente N° 49851/2010) en los que, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Machin, Villanueva. Firman los doctores Eduardo R. Machin y Julia Villanueva por encontrarse vacante la vocalía 8 (conf. art. 109 RJN).

Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El Señor Juez de Cámara Doctor *Eduardo Roberto Machin* dice:

I. LA SENTENCIA

Mediante el pronunciamiento apelado, el señor juez de grado admitió parcialmente la demandada promovida por la Unión de Usuarios y Consumidores y Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra COTO –Centro Integral de Comercialización S.A.– a quien condenó a restituir las sumas cobradas en concepto de “*exceso de límite de compra*” a cada uno de los clientes titulares de tarjetas de crédito TCI –Tarjeta Coto Inteligente– del demandado, con más los intereses por financiación y el IVA desde la fecha de cobro y hasta el efectivo pago, así como las costas del juicio.

Para decidir como lo hizo el *a quo*:

1) Rechazó la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada.

Dijo que no cabían dudas de que la pretensión de las asociaciones actoras concierne a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos por los que podían reclamar y no una sumatoria de derechos subjetivos –según los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya célebre precedente “Halabi” (24.2.09)– razón por la cual les reconoció legitimación para actuar.

2) Acogió el planteo prescriptivo interpuesto por la demandada, con remisión a los fundamentos dados por esta Sala C, en el expediente “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Galicia S.A. y otro” (expte. N° 12909/2009), conforme el cual el plazo aplicable a la presente acción no sería el decenal del art. 4023 del Cód. Civil, sino el trienal previsto en el art. 47 de la ley 25.065, por ser la solución más favorable a la que alude el art. 50 de la ley 24.240.

3) De seguido el *a quo* consideró aplicable al caso los fundamentos vertidos por esta Sala C, no sólo en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Galicia y Buenos Aires (expte. 12909/2009) sino también en “Unión de Consumidores c/ Nuevo Banco Industrial de Azul S.A. (expte. 30386/2011) –que en copia acompañó e integró a la sentencia– a los cuales remitió por entender que los hechos aquí debatidos guardaban sustancial analogía con aquellos, y en base a los cuales resolvió que el cargo objeto de reproche en la presente acción resultó contrario a la normativa vigente como así también a los derechos de los usuarios y consumidores representados por las accionadas, siendo por tanto ilícita la conducta que se recrimina a la demandada.

4) También por los argumentos expuestos en los expedientes de referencia, consideró que no se encontraban reunidos los presupuestos de procedencia de la multa civil (art. 52 bis LDC) por lo que rechazó su concesión.

5) Resolvió devolver las sumas que indicó remitiendo también a lo establecido en esos fallos, e impuso las costas a la demandada por haber resultado vencida en lo principal del debate (Cpr.:68), distribuyendo por su orden las generadas por las excepciones planteadas (Cpr. 68 segundo párrafo).

6) Por último, difirió la regulación de honorarios para la etapa de ejecución de sentencia.

II. EL RECURSO

La sentencia fue apelada por COTO a fs. 1416, siendo el recurso concedido a fs. 1417 y fundado a fs. 1423/1428, el que fue contestado por la parte actora. Tras ello, dictaminó la Sra. Fiscal General de Cámara.

1) En primer lugar, Coto se agravia del rechazo a la excepción de falta de legitimación activa opuesta, quejándose de que se hubiera reconocido legitimación extraordinaria para actuar a las actoras, sin otro fundamento más que mencionar las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”.

2) Seguidamente se queja de que se haya resuelto que hubo un “exceso de límite de compra” considerándolo una

comisión que se cobra por el dinero que se gastó en exceso, y que el mismo constituya un cargo financiero prohibido por la norma.

i) Contrariamente, afirma que se trata de un cargo lícito que estaba autorizado por el BCRA (Comunicación A 4526), correspondiente a una penalidad impuesta por haberse excedido el límite otorgado a los consumidores en base a sus ingresos.

En este sentido, fundamenta el concepto cobrado a los usuarios explicando que al excederse el límite que les fue conferido, se estaría provocando un riesgo adicional a su parte, por cuanto en caso de mora se encontraría frente a una deuda mayor respecto de la que había asumido como riesgo máximo por ese cliente, conforme el límite que se había asignado.

ii) Agrega que lo cobrado en exceso no responde a un acto involuntario de los consumidores. Dice que a diferencia del expediente citado por el *a quo* “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Galicia y Buenos Aires (expte. 12909/2009), en este caso concreto no hay exceso ni compra involuntaria, ya que es el usuario el que libremente decide excederse en su límite de compra.

En ese sentido, afirma que los usuarios tenían la facultad expresa de rescindir el contrato si no estaban de acuerdo con las condiciones imperantes, de manera que no fue violado de manera alguna el derecho de información que establece la Ley de Defensa del Consumidor.

iii) Señala su objeción a la remisión del fallo ya referenciado de esta Sala C, para determinar su conducta como violatoria del principio de buena fe y del deber de información que debe primar en las relaciones de consumo. Dice que a diferencia de aquel expediente, el cliente está en pleno conocimiento no solo de su nivel de gastos, sino también de su límite de compra. Negar esto es obligar a Coto, en su carácter de emisor de la tarjeta TCI, a asumir un rol de contralor sobre cada una de las transacciones que sus clientes efectúen, cuando ellos cuentan en todo momento con la información correspondiente a sus límites de compra.

En este sentido, afirma haber informado claramente a los usuarios y consumidores cuál era el cargo que se percibía por el exceso del límite de compra, por lo que no hubo violación a la buena fe, ni se generó incertidumbre en el usuario por la su parte que deba responder.

III. LA SOLUCIÓN

1. Conforme surge de la reseña que antecede, la accionada recurrente –entidad no financiera, sujeta al control del BCRA en lo pertinente– fue condenada en lo sustancial a reintegrar a los usuarios de la tarjeta de crédito TCI los importes cobrados en carácter de comisión por “*exceso de límite de compra*” con más sus intereses, por haber incumplido las exigencias normativas impuestas por la ley de Defensa del Consumidor y la normativa reglamentaria del BCRA.

Se impusieron las costas a la accionada vencida y las correspondientes a las excepciones por su orden.

La accionada COTO –en apretada síntesis– resistió la procedencia de la acción reiterando los argumentos vertidos en punto a la excepción de falta de legitimación activa opuesta, para después sostener que la comisión percibida no era ilícita, dado que había sido pactada y que los clientes hacían uso del servicio voluntariamente –el que generaba un beneficio para ellos y un mayor riesgo para su parte– sin que los mismos lo hubieran cuestionado, y que se hallaba permitida por la autoridad de contralor –BCRA– como surge de la Comunicación “A” 4256.

2. Ahora bien, en ese marco, la cuestión central a decidir gira en torno a la licitud o no de la percepción de una comisión por el rubro denominado “...exceso en el límite de compra...”, asunto que la Sala ha ya tratado en distintos precedentes, por lo que se adelanta que la solución que aquí se postula remite a las posturas ya fijadas por mi distinguida colega, Dra. Julia Villanueva, en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c/ Banco Industrial S.A.” expediente N° 30386/2011, y en mi voto en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Galicia S.A. y otro” expte. N° 12909/2009 y “Unión de Usuarios y Consumidores y otro c/ Cordial Compañía Financiera S.A.” expediente N° 7952/2011, y más recientemente en “Unión de Usuarios y Consumidores y Otro c/Banco Itaú Argentina S.A. s/ordinario” (expte. n° 31959/2010) dejando aclarado que cada uno de los suscriptos mantiene su respectiva posición, que son coincidentes en lo que respecta a la solución a asignar al conflicto.

3. Sentado ello, he de ingresar en el tratamiento del recurso interpuesto por la accionada COTO.

a. Excepción de falta de legitimación activa

Nuevamente la recurrente reedita aspectos argumentados en la anterior instancia, omitiendo hacerse cargo de los argumentos brindados por el *a quo* a los fines de desestimar la excepción planteada.

Adelanto que el agravio no ha de tener acogida.

En efecto, del desarrollo argumental expuesto en la demanda surge que la pretensión deducida en autos coincide con aquello que se ha dado en llamar “acción de clase” (v. entre otros, Bianchi Alberto, Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala. Ed. Ábaco, Bs. As., 2001; Fernando R. García Pullés, Acumulación de procesos o proceso de clase, Ed. Ad-Hoc, 2002).

Se trata de acciones concebidas para canalizar conflictos subjetivamente múltiples que admiten tratamiento procesal unificado (v. esta Sala C, mi voto *in re* “Pro-consumer c/ Banco de la Ciudad s/ sumarísimo” (Expte. 18721/2012) del 28/8/2019).

En la especie, se aprecian configurados los presupuestos que admiten tal tratamiento unificado, ello resulta suficiente para reconocer a las actoras la legitimación cuestionada.

Véase que el objeto de la acción aquí enlazada consiste en cuestionar la legitimidad de cierta “comisión” cobrada por la demandada a sus clientes en aplicación de un temperamento que las asociaciones actoras pretenden ilegítimo.

Por su naturaleza, los derechos nacidos a partir de ese operar son de incidencia colectiva según la inteligencia asignada a este concepto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Halabi Ernesto c/ P.E.N s/ amparo” del 24 de febrero de 2009 (Fallos 330:3579).

Se ha dicho reiteradamente que en materia de legitimación procesal es necesario delimitar con precisión tres categorías de derechos: i) los individuales; ii) los de incidencia colectiva que tengan por objeto bienes colectivos, iii) y los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En el caso, nos hallamos frente a esta última especie de derechos.

Así cabe concluir si se atiende a que se configuran aquí los siguientes presupuestos, a saber:

i) existe una misma conducta de la demandada que es reprochada –la de haber cobrado esa comisión sin causa– que ha sido invocada como hecho idóneo para lesionar a una pluralidad de individuos, que, por razón de la similitud de sus situaciones, son susceptibles de integrar la aludida “clase”;

ii) la pretensión deducida se acota al reclamo de los efectos comunes –en el caso el **reintegro de lo percibido indebidamente y sus accesorios** ordinarios– que esa conducta produjo sobre todos los sujetos afectados, más no se reclama por ejemplo otros daños que los sujetos afectados pudieran eventualmente invocar; ciertamente, ningún elemento probatorio se ha producido en la causa a los fines de rebatir la conclusión de que los montos comprendidos no justifican el hecho de que cada uno de los integrantes de esa clase promueva una acción individual, ni que hasta podría incluso resultar económicamente inconveniente. Por lo que la procedencia formal de esta acción colectiva se impone como único medio de asegurar el acceso a la Justicia en reclamo de los referidos derechos.

Es verdad que el daño que habría sido sufrido por los sujetos involucrados en esta acción revela la existencia, en cada uno de ellos, de un “interés individual”.

Pero, como ese interés es cualitativamente idéntico al de los demás, es posible predicar la existencia entre ellos de la mencionada homogeneidad, en tanto dato fáctico necesario para habilitar una única acción destinada a su protección.

Que los titulares de ese interés conforman una “clase” en el sentido más arriba referido, parece claro: mediante tal noción –la de “clase”– se hace alusión a la específica situación subjetiva en la que deben encontrarse los titulares de aquel interés común para habilitar la acción colectiva; situación que debe revelar la configuración entre ellos de la homogeneidad necesaria para recibir el tratamiento igualitario que mediante el ejercicio de esa acción se solicita.

En tal contexto, y toda vez que quienes pretenden ser aquí tutelados son todos usuarios de tarjetas de crédito, es técnicamente posible predicar la existencia entre ellos de esa homogeneidad configurativa de la “clase”.

No obsta a ello que cada cliente haya contratado en forma individual con la demandada, ni desvirtúa la generación de estandarizadas relaciones de consumo.

No es, en consecuencia, necesario ni conveniente examinar en forma individual cada contrato particular, desde que, según fue afirmado en la demanda, lo que aquí se persigue es, precisamente, alcanzar a aquellos contratos sujetos a idénticas condiciones en lo que aquí interesa.

En tal marco, y dado que de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 25.065 surge claro que "... Las relaciones por operatoria de Tarjetas de Crédito quedan sujetas a... la ley de Defensa del Consumidor...", forzoso es concluir que la materia sometida a juzgamiento en este expediente es susceptible de ser canalizada del modo en que lo ha sido entre los aquí contendientes.

Y ello pues, como se dijo, nos hallamos frente a derechos individuales homogéneos que habilitan idéntico tratamiento, a lo que se agrega que la posibilidad de las asociaciones de consumidores de promover reclamos de carácter patrimonial, es temperamento expresamente admitido por el art. 54 párrafo tercero LDC ("P.A.D.E.C. Y Otro C/ Bank Boston N.A. y Otro S/ Ordinario" expediente n° 095429) **solución que no varía por tratarse la aquí accionada de una entidad no financiera.**

Por tales razones, he de proponer a mi distinguida colega desestimar el agravio en tratamiento.

b. La ilicitud de la percepción del concepto en cuestión

b.1. El contexto operativo del sistema de tarjetas de crédito

A los efectos de no resultar reiterativo, voy a dar por reproducidas las consideraciones efectuadas en oportunidad de formular mi voto en los autos "Unión de Usuarios y Consumidores y otro c/ Cordial Compañía Financiera S.A." expte. n° 7952/2011 y más recientemente en "Unión de Usuarios y Consumidores y Otro c/ Banco Itaú Argentina S.A. s/ordinario" (expte. n° 31959/2010) sobre el contexto operativo del sistema de tarjetas de crédito en el período temporal abarcado por el reclamo de autos a cuyos efectos se adjunta copia de este último en forma precedente.

Simplemente, he de recordar que el caso traído a conocimiento, se da en el marco de una **posición dominante de facto** por parte de los emisores de las tarjetas de crédito, posición que no resulta afectada por el carácter **de entidad no financiera que reviste la accionada**, en la que de mínima existe una fuerte asimetría de información a favor de los mismos y en perjuicio a los usuarios del referido medio de pago.

Como así también que la complejidad de la vida moderna, impacta en las conductas de las personas humanas y su toma de decisiones en marcos de incertidumbre, incurriendo en sesgo en los juicios de los mismos, **afectando el supuesto base de funcionamiento de la economía de mercados**, en cuanto a que las personas toman sus decisiones maximizando sus beneficios personales.

b.2. Funcionalidades de la T.C. –una descripción económica–

Cabe efectuar una descripción de cuáles son las funciones de la tarjeta de crédito desde una perspectiva económica: Una, **proporciona un medio de pago que sustituye el dinero** en "metálico", y que tiende a sustituir a los cheques –en las transacciones cara a cara– generando una mejor dinámica en la velocidad, y simplicidad de las transacciones de bienes y servicios.

Dos, proporciona liquidez si en un momento determinado se quiere gastar más dinero del que se tiene en metálico.

Esta última función, es en sustancia la que la distingue de las tarjetas de débito, las que siendo exteriormente iguales, únicamente cumplen la función de pago, es decir que si no se tiene el dinero correspondiente la transacción **no se autoriza**, aunque en algunas circunstancias puede ser que se las vincule con alguna línea de crédito.

Hoy no hay duda del beneficio del uso de la tarjeta de crédito en cuanto nos permite realizar transacciones, sin la incomodidad de tener que llevar con uno una gran cantidad de billetes y monedas en nuestra billetera. Y, nos soluciona no sólo el problema del cambio, vinculado a las transacciones locales, sino al de monedas extranjeras frente a desplazamientos territoriales. Además, de juntar en algunas de ellas puntos para premios, o millas para viajes, según el programa de fidelidad del plástico.

Tampoco se puede dejar de lado el aspecto fiscal, en cuanto permite no sólo trazar el movimiento del dinero, convergiendo en la bancarización como camino no sólo de transparentar mercados, sino especialmente en facilitar el control impositivo de los consumidores, proveedores e intermediarios.

Claro que el uso de la tarjeta de crédito, sin cuidado, puede convertirse en una adicción.

Antes, la economía de los hogares empleaba una contabilidad que podría definirla como "pagas cuando gastas", por esto el dinero –en el mejor de los casos– se guardaba en sobres o frascos donde se etiquetaba su finalidad o destinatario. Mientras que ahora, por ejemplo, si no se tiene el dinero para pagar la salida del fin de semana, o tal vez las vacaciones, o el supermercado, se recurre al uso de la tarjeta de crédito. Es conocido que el uso de las tarjetas de crédito en algunas personas obra inhibiendo el autocontrol, y en cierta forma, disocia su uso con el gasto del dinero, al extremo de resultar, de estudios de campo, que la gente es más proclive frente a gastos que en dinero no estaría dispuesto a hacer, si hacerlo cuando usan como medio de pago la tarjeta de crédito (Prelec Drazen y Duncan Simester "Always Leave Home Without It: Further Investigation of the Credit Card Effect on Willingness to Pay" Marketing Lectures 12-2001).

Es en relación al funcionamiento de las tarjetas de crédito, por ejemplo, un caso de estudio experimental entorno del denominado **sesgo de enmarcado**, es decir de cómo reaccionan las personas humanas conforme se le presenta la información a pesar de que el contenido de las dos frases sea el mismo. En la década del 70, cuando en Estados Unidos las tarjetas comenzaron a volverse populares, algunos comerciantes querían poner precios diferenciales entre el precio en dinero y el pago con tarjeta de crédito –en razón de la comisión que cargan al comerciante sobre cada venta las mismas– para impedirlo, ya que las emisoras querían que el consumidor creyera que el uso de la tarjeta era gratuito adoptaron normas que imposibilitaban esa diferenciación en los precios. No obstante, cuando en el Congreso –USA– se presentó una propuesta para prohibir esas normas, la emisoras de las tarjetas de crédito dirigieron su foco al lenguaje. Proponiendo que si un comercio cobraba precios diferentes dependiendo de la forma de pago, el comercio debía decir que **"...el pago con tarjeta de crédito, era el precio normal –por default– y el precio por pago en dinero un descuento; en vez de tomar el pago del precio con dinero como el habitual, y el pago del precio con un recargo el de la tarjeta de crédito..."**

Seguramente si traemos a la memoria las últimas compras que hayamos hecho –por ejemplo, con motivo del pasado día del padre– nos servirá para refrescar cómo es práctica habitual su uso. Los psicólogos denominan este fenómeno como **framing** o enmarcado: es que las decisiones dependen, en parte, de la forma en que se enuncian los problemas. Este funciona, porque de usual nuestro sistema reflexivo no hace el trabajo de comprobar si enmarcando las preguntas de otra forma, la respuesta sería distinta.

Ahora bien, es conocido otro de los sesgos de práctica en el funcionamiento de las tarjetas vinculado al anclaje ya sea en cuanto refieren el pago mínimo, como si pagar esa cantidad mínima fuese apropiada, o en cuanto se establece límites en las compras, lo que en un marco teórico debería limitar el gasto, en realidad en la práctica actúa como un ancla alta que sirve para fomentar el gasto mediante un efecto de **priming**, o en su caso por ajuste, en el que se incentiva contrariamente el gasto que potencia los beneficios de las tarjetas (ver: Usos y Abusos de los Anclajes, en Pensar Rápido, Pensar Despacio, Daniel Kahneman).

b.3. La comisión impugnada

Habiendo efectuado las consideraciones vinculadas al contexto en que se desenvuelve la operatoria funcional de las tarjetas de crédito, he de ingresar en la cuestión de fondo del caso que aquí se trata.

Es decir, si asiste o no a la demandada COTO derecho a percibir remuneración alguna, bajo **el concepto de exceso de límite de compra**, de aquellos clientes usuarios de las tarjetas de crédito TCI que se excedieran respecto del mismo.

b.3.1. La Comunicación B 10.925 del BCRA

Ninguna duda existe sobre la inadmisibilidad de percibir tal concepto a partir de la Comunicación B 10.925 del

FONDO EDITORIAL



CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO (Argentina 1975-2003)

El Derecho
ISBN: 9789878368399
228 páginas

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

BCRA, de fecha 19-12-2014, la que expresamente estableció que: **"... Nos dirigimos a Uds. a efectos de aclararles que la comisión por "Exceso de límite de compra y/o de financiación" en Tarjetas de crédito y/o compra se considera no admitida de acuerdo con los términos de los puntos 2.3.2.1. y 2.3.2.2. de las normas sobre "Protección de los usuarios de servicios financieros" y el punto 1.7. de las normas sobre "Tasas de interés en las operaciones de crédito..." (refiere Comunicación A 3052 BCRA).**

Esa comunicación determinó que desde el 19/12/2014 era inadmisibles la percepción de cualquier suma de dinero por el concepto exceso de límite de compra.

Como bien se detalla en los precedentes de esta Sala, a los cuales el *a quo* remitió para fundar esta sentencia, de lo que no se hizo cargo la recurrente, especialmente en el voto de mi distinguida colega en los autos "Unión de Consumidores c/ Nuevo Banco Industrial de Azul S.A. (expte. 30386/2011) surge que esa prohibición ya existía en normas anteriores que regían las relaciones del banco con sus clientes.

Ello ocurre con la Comunicación A 3052 del BCRA del 23/12/1999 en su pto. 1.7; 1.7.2, en cuanto prohíbe el cobro de comisiones bancarias sobre créditos. Y siendo que la Comunicación B 10925 del BCRA que expresamente prohíbe el cargo controvertido es una comunicación identificada con la letra B, a diferencia de lo que ocurre con las Comunicaciones A, es meramente aclaratoria e interpretativa de las anteriores.

De tal manera, que conforme la normativa a la que alude el *a quo* en los precedentes de esta Sala, cuyo criterio se mantiene, resulta que es ilícito **aplicar cargos, comisiones y multas** respecto de las sumas prestadas que ya son retribuidas mediante el pago de intereses, de lo que se deduce que al emitir la Comunicación B 10925, el BCRA no hizo sino remitirse a disposiciones anteriores cuyos términos se encontraban claramente dispuestos.

b.3.2. Otras interpretaciones

Ahora bien, aun en el supuesto de entenderse –en base a dicha Comunicación, conforme interpretación propuesta por la accionada– que hasta su dictado, *a contrario sensu*, la percepción del cobro de dicha comisión se encontraba entonces consentida de manera implícita por la autoridad regulatoria, eso en manera alguna habilita a sostener, que su regulación administrativa importa un obstáculo para examinar en sede judicial la eventual ilicitud de la misma. Ello conforme a que las decisiones administrativas tampoco están excluidas de su control judicial (art. 116 y 42 de la C.N.; art. 3 *in fine* de la ley 24.240, y art. 989 del CCyCN).

b.3.2.1. Por otra parte, la postura de la accionada frente al dictado de la norma del ente regulatorio deja flotando indicios de la sinrazón de la percepción en cuestión.

Pues bien, no se explica frente al dictado de la regulación del BCRA, la pasividad de la demandada quien podría haberla impugnado por las vías correspondientes, pero la consintió, lo cual habría importado para ella asumir la pérdida del respectivo costo operativo.



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

ESTAMOS ATENTOS A LO QUE NECESITES

Atención al cliente: (011) 3988-3256

Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar

Redacción: (011) 4349-0277

www.elderechodigital.com.ar

No se encuentra cuestionado en autos, que la modalidad de contratación de las tarjetas de crédito resulta ser masiva, mediante contratos de adhesión predispuestos en forma unilateral por la demandada emisora de la tarjeta, en el caso tarjeta Coto Inteligente, en la que el concepto en estudio está previsto.

Es por lo que, a todas luces, procede en el caso en estudio efectuar el control de licitud de la cláusula en cuestión. Dicho ello, he de precisar si técnicamente el concepto individualizado como exceso en el límite de compra es un cargo, interés o comisión.

b.3.2.2. En primer lugar he de descartar que se trate de un cargo, ya que no se ha invocado ni probado, que se tratara de un adicional que se percibía *por un servicio que se abona a un tercero* (ejemplo, reintegro por el costo de certificación notarial, en cuyo caso se traslada directamente el mismo). También he de descartar, en segundo lugar, que se trate de un interés, por cuanto el mismo *no se liquida como un porcentaje de dinero medido sobre un tiempo*. En cambio, puede decirse que se trata de una comisión, en la medida que tenga como sustento un servicio concreto, cuya remuneración en vez de ser nominativa se determina en el caso, por un porcentaje fijo independientemente del factor tiempo.

Claro que, para su cobro, como explicó docentemente mi distinguida colega, en su voto "Unión de Usuarios y Consumidores y otro c/ Banco Industrial S.A. (Expte. 30386/2011)" son necesarias dos condiciones. Una, la existencia de servicios a ser remunerados. Y dos, que por la vía de los mismos, no se produzca un incremento, ya sea en forma directa o indirecta, de las sumas devengadas a los intereses que se cobran sobre los importes prestados.

Adelanto que, a mi criterio, no se cumplen en el caso ninguna de las dos condiciones señaladas.

b.3.2.3. En efecto, resulta cuando menos ocurrente que la demandada COTO sostenga que es en beneficio del cliente que se arroga la facultad de aplicar –a su sola voluntad– una comisión a los fines de "...que adquiera autocontrol...".

Esto por cuanto quien autoriza o no la transacción en exceso es en última instancia quien percibe la comisión por permitir superar el límite de compra por ella establecida, a estarse a la propia valuación crediticia formulada por la otorgante previamente a la compra que excede el límite disponible.

No hay exceso alguno posible, sin la autorización previa de la emisora y administradora de la tarjeta TCI, por lo que con solo no autorizar la transacción en exceso se cumple con el objetivo enunciado, por lo que no se advierte cuál es el beneficio del cliente, que termina sobreendeudándose (¿para comprar mercadería que vende la propia emisora del plástico, en un supuesto círculo virtuoso?), y pagando al final un costo mayor a la de una transacción ordinaria en beneficio de la accionada.

b.3.2.4. Cabe recordar que la tarjeta de crédito opera como un crédito revolvente, es decir que cuando se aprueba la misma, conforme la política crediticia de la entidad –ingresos comprobables, historial crediticio, comportamiento de pago, deudas actuales– se establece el límite de compra. Es decir, que con su uso el disponible disminuirá, y con su pago recuperará su disponibilidad inicial.

Es la demandada quien establece cuál es el límite de compra pudiendo, en principio, aumentar el mismo o disminuirlo.

No puede soslayarse que la determinación del límite de crédito es **dinámica y esencialmente variable** en función de distintos componentes entre los que inciden no sólo el uso de la tarjeta titular, sino el de todas las extensiones otorgadas. Por lo que para su determinación, la plataforma sobre la que opera funciona en base a un algoritmo, por lo que mal puede sostenerse que con informar en el resumen cuál es el límite nominal de compra, sea lo mismo que conocer a ciencia cierta en cada momento que se hace una transacción cuál es el saldo disponible exacto y, en su caso, si al hacer una transacción en concreto se excede o no del límite de compra.

Más, cuando de ordinario la autorización de la transacción hace presumir que la misma está dentro del límite de compra. Nada se ha acreditado en autos respecto de que la transacción en exceso del límite de compras, previera un proceso de autorización distinto a una transacción normal. Es que el algoritmo ingresa un tope base de límite de compra, y luego agrega un porcentaje adicional a la suma informada como tal límite, resultando en definitiva este último el monto real asignado por el banco emisor como saldo deudor que una cuenta de una tarjeta de crédito puede registrar en todo concepto.

En el caso no encuentro ninguna prueba de que la autorización de la transacción por parte de COTO, como emisora de la tarjeta, cumpliera con algún presupuesto extra a las operaciones ordinarias, por lo que ante esa carencia probatoria (carga que pesaba en la accionada) debe presumirse que su límite de compra real fue asignado en el sistema informático al autorizarse los plásticos, independientemente del monto informado como límite de compra al usuario de la misma (art. 53 de la ley 24.240).

Por lo que no se explica en autos la existencia de algún servicio adicional distinto al tenido en cuenta por el agente emisor al momento de asignar el saldo máximo que por todo concepto se le permite a la cuenta de la tarjeta TCI que en concreto que justifique la percepción de la comisión cuestionada.

Tampoco se acredita que ese consumo informado como exceso al límite pero autorizado por la demandada emisora afectase la valoración concreta del nivel de riesgo establecido previamente al asignarse el límite de compra, ni si tal exceso tuviese algún correlato de incidencia con el índice de morosidad de la respectiva cartera. Y, mucho menos, se advierte prueba que permita aventurar que la demandada autoriza transacción alguna conociendo que esa transacción importa un riesgo de solvencia mayor al establecido al otorgar el plástico.

Adviértase que la experta contable en su informe pericial de fs. 1081/1090 y fs. 1111/1115, dictaminó sobre muestreos en base a los cuales determinó que COTO aplicó en las tarjetas TCI el cargo cuestionado en este pleito (v. pericia contable, respuesta a la pregunta 3 y 6 a fs. 1083 vta., 1084 y 1115).

b.3.2.5. En síntesis, no encuentro acreditada la existencia de un servicio efectivo y concreto que se prestase bajo el rótulo en cuestión a los fines de percibir del cliente la

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Disposición Conjunta 1 de octubre 26 de 2021 (DNRPAyCP - ANSV) – Seguridad Vial. Tráileres categoría O1 destinados al traslado de equipaje, pequeñas embarcaciones deportivas o elementos de recreación familiar. Operativos de control y fiscalización de la circulación. Implementación (B.O. 28/10/2021).

comisión en estudio. Las conductas anteriormente descriptas resultan a mi criterio violatorias del deber de buena fe y de información que debe primar en esta relación de consumo, lo que resulta dirimente a los efectos de tener por ilícita la cláusula contractual respectiva y tenerla por no escrita en los términos del art. 37 inc. b de la ley 24.240.

Es por lo que he de proponer a mi distinguida colega, desestimar el recurso de la demandada en cuanto a los puntos aquí en cuestión, confirmando los términos de la sentencia recurrida en lo que fue materia de agravios.

IV. LA CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas propongo al Acuerdo desestimar el recurso interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de grado en todos sus términos.

Las costas de Alzada deberán ser impuestas a la demandada en su carácter de vencida (art. 68, Cód. Procesal). Así voto.

Por análogas razones, la Señora Juez de Cámara, doctora *Julia Villanueva*, adhiere al voto anterior.

Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo que antecede *se resuelve* desestimar el recurso interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de grado en todos sus términos.

Imponer las costas de Alzada a la demandada en su carácter de vencida (art. 68, Cód. Procesal).

Notifíquese por Secretaría.

Cúmplase con la comunicación ordenada por el art. 4° de la Acordada de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación 15/13, del 21.5.2013.

Firman los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 8 (conf. art. 109 RJN). – *Eduardo R. Machin*. – *Julia Villanueva* (Sec.: Rafael F. Bruno).

CONVERSATORIO: ¿QUÉ POLÍTICAS FAMILIARES Y EDUCATIVAS PROPONE EL ESTADO?

El próximo 4 de noviembre de 2021 a las 18 horas el Vicerrectorado de Integración, el Centro Santa Teresa de Calcuta de la Facultad de Derecho (sede Buenos Aires) y el Instituto para el Matrimonio y la Familia UCA realizan el conversatorio académico "¿Qué políticas familiares y educativas propone el Estado?" en el que se expondrán tres ejes temáticos:

- Características actuales de la relación entre la familia y la escuela. La familia hoy y sus derechos en materia educativa. Principio de subsidiariedad y rol del Estado.
- Excesos y ausencias del Estado en las políticas familiares en relación con la educación. Características del marco legislativo actual y su proyección.
- Propuestas de base –a partir de este análisis– para el debate en relación con las políticas familiares y educativas que deberían consolidarse como políticas de Estado.

La apertura estará a cargo de Pablo María Garat, Decano de la Facultad de Derecho, UCA, y de Alejandra Planker de Aguerre, Directora del Instituto para el Matrimonio y la Familia, UCA.

Participan como expositores: Gabriela Mango, Asesora técnica pedagógica en el Instituto para el Matrimonio y la Familia, UCA, y Gabriel Maino, Director del Programa Federalismo Educativo y Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UCA.

El encuentro será en modalidad virtual y se transmitirá por youtube:
<https://www.youtube.com/channel/UCWhFmF0GonPBOKJmKaeml2Q/live>