

EL SUPUESTO INTERÉS ASEGURABLE DE LOS ACREEDORES PRENDARIOS EN CONTRAPOSICIÓN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN DEL CONSUMIDOR DE SEGUROS

*“Uno no siempre hace lo que quiere,
pero tiene el derecho de no hacer lo que no quiere.”*

El hombre preso que mira a su hijo
Mario Benedetti

1- LA PROBLEMÁTICA:

Se ha tornado una práctica habitual en el giro comercial de las concesionarias, que los consumidores que adquieren rodados “0km” sean obligados a contratar seguros con completas coberturas que resguardan el interés de quienes financian la adquisición, garantizando dicha operación con una prenda sobre los rodados.

Con la finalidad de asegurarse ante posibles eventos que pudieran afectar la indemnidad de su garantía, las concesionarias y las administradores de los planes de ahorros con fines determinados, imponen a los consumidores costosas coberturas integrales y, peor aún, las compañías con quienes deben contratarlas. Ello es realizado mediante la articulación con agentes institorios¹ o, muchas veces, vinculándose comercialmente con productores de seguros, organizadores² o sociedades de productores de seguros³.

¹ Esta figura se encontraba prevista en la ley 17.418 (art. 54) pero ha sido regulada administrativamente en forma mas detallada y específica mediante la resolución N° 38.052 de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

² Conforme lo establecido en el art. 2 de la ley 22.400 que expresamente dispone: “La actividad de intermediación podrá ejercerse según las siguientes modalidades de actuación: Productor asesor directo: persona física que realiza las tareas indicadas en el artículo 1 y las complementarias previstas en la presente ley. Productor asesor organizador: persona física que se dedica a instruir, dirigir o asesorar a los productores asesores directos que forman parte de una organización. Deber componerse como mínimo de cuatro (4) productores asesores directos, uno de los cuales podrá ser el organizador cuando actúe en tal carácter.”

³ Conf. art. 20 ley 22.400: “Los productores asesores de seguros podrán constituir sociedades de cualesquiera de los tipos previstos en el Código de Comercio, con el objeto exclusivo de realizar las actividades enunciadas en el artículo 1. Estas sociedades deberán realizar dichas actividades por intermedio de productores asesores registrados e inscribirse en registros especiales que llevar la autoridad de aplicación

Esta costumbre, que puede ser denominada informalmente como “venta atada”, muchas veces implica que los adquirientes de los vehículos se vean forzados a abonar primas superiores a las que abonarían si concurrieran en forma particular e independiente a la misma aseguradora.⁴

Además, la peligrosidad de las ventas atadas proviene de dos vertientes. Una, vinculada a la imposición de bienes o servicios no deseados por el consumidor a través de su atadura a otro que aquél si desea. Otra, ligada a la exclusión o restricción de un competidor en el mercado, siempre que el proveedor sea dominante en el producto o servicio que “ata” y el demandante/consumidor no pueda obtener alternativas para el producto “atado”.⁵

Las prácticas mencionadas se ven justificadas por normas reglamentarias dictadas por diferentes organismos reguladores, todos dependientes del poder ejecutivo nacional, que normalizan este proceder a pesar de los principios reconocidos en el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de Defensa de la Competencia.

Así la comunicación A-5460 modificatoria de las normas de “Protección de Usuarios de Servicios Financieros” emitidas por el Banco Central de la República Argentina dispone: “2.3.11. *Seguros como contratación accesoria a un servicio financiero. Cuando por la naturaleza de los servicios financieros ofrecidos se encuentre prevista la contratación accesoria de un seguro, los sujetos obligados deberán ofrecer a los usuarios de servicios financieros por lo menos tres compañías aseguradoras no vinculadas entre sí entre las que deberán poder optar, y conservar constancia del ejercicio de ese derecho por parte de dichos usuarios.*”

Por su parte, la resolución 08/2015 de la Inspección General de Justicia, regulatoria del Sistema de Capitalización y Ahorro para Fines Determinados dispone en su artículo 13: “13.2. *Seguro sobre el bien adjudicado 13.2.1. Las entidades administradoras proporcionarán a los suscriptores una lista de por lo menos cinco (5) compañías aseguradoras de plaza, para que cada uno de ellos elija libremente aquella con la que habrá de contratarse el seguro del bien adjudicado y sus renovaciones.*”

⁴ No se han encontrado muchos antecedentes donde estos conflictos lleguen a instancia judicial, probablemente porque, como suele suceder, los consumidores consienten tales prácticas ante la imposibilidad de retirar el rodado si no se cumple con dicha imposición. En la búsqueda realizada solo se encontró la resolución dictada el 15 días de julio de 2015 en los autos N° 158.807 caratulados “CALO, MARCELO CLAUDIO C/ PLAN OVALO S/ MEDIDAS CAUTELARES” de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala Tercera) de la Ciudad de Mar del Plata, donde el Tribunal autorizó al consumidor a contratar en forma directa con la compañía por resultar esto mas económico que la cobertura ofrecida, en la misma aseguradora, por el concesionario.

⁵ FRICK Pablo, *La libertad de contratación del consumidor y las ventas atadas en el nuevo Código Civil y Comercial*, Diario Comercial, Económico y Empresarial, Nro. 42, 02.09.2015, disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1940.pdf>

Finalmente, el art. 8 de la resolución 38.052 de la Superintendencia de Seguros de la Nación establece, como regla, la libertad de contratación, aunque refiere que “...No se entenderá que existe condicionamiento cuando el seguro sea exigido para dar cobertura al interés asegurable del Agente Institorio en el marco de la financiación otorgada por la venta de un bien o servicio, debiendo en este caso ofrecerse a los usuarios por lo menos TRES (3) compañías aseguradoras no vinculadas entre las que pudieren optar, conservando constancia del ejercicio del derecho de elección...”

En el presente trabajo, intentaremos desarrollar nuestra postura que entiende que, tanto las prácticas expuestas como las normas citadas anteriormente, violarían el principio de autonomía de la voluntad y, especialmente, la libertad de contratación de los consumidores reconocidos expresamente en el Código Civil y Comercial, en la ley de Defensa de la Competencia y la Constitución Nacional.

2- UNA POSIBLE MIRADA LEGAL DE LA CUESTIÓN:

a) Violación al principio de libertad de contratación.

El art. 958 del Código Civil Argentino (en adelante CCyC) regula de manera genérica el principio de libertad de contratación diciendo: “*Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.*”

En la norma citada precedentemente encontramos consagrado el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio puede definirse, en términos de Spota, como aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, bridándoles su contenido y eficacia jurídica.⁶

Algunos autores⁷, entienden que la autonomía de la voluntad se manifiesta de dos maneras. En primer lugar, como la libertad de vincularse o no a otros con un convenio (libertad para contratar) y, en segundo lugar, la libertad de determinar el contenido del contrato (libertad contractual).

Otros, en forma mas amplia, entienden que la autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante

⁶ SPOTA Alberto, *Instituciones del derecho civil-Contratos*, Vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1974, p.20.

⁷ Cfr. SPOTA Alberto, *Instituciones del derecho civil*, ob. cit., P. 22 y MESSINEO Fancesco, *Doctrina General del contrato*, traducida por R.O. FONTANARROSA- S. SENTIS MELENDO- VOLTERRA M. TOMO I, Buenos Aires, Ediciones Juridicas EUROPA-AMÉRICA, 1952, P.118

y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos.⁸

También, en el mismo sentido, se ha dicho que la libertad contractual implica las libertades de conclusión, de configuración y de elección de las formas para la celebración del contrato. Libertad de conclusión o de celebración significa la posibilidad del individuo de contratar o no contratar y, en su caso, libertad de elección del otro contratante. En lo que respecta a la libertad de configuración o de regulación, significa la libertad de los contratantes de determinar el contenido del contrato, o sea la autorregulación y la misma tiene como límite el orden público (art. 12 CCyC). Finalmente, la tercera manifestación de la libertad contractual, la libertad de elección de formas, existe en los contratos que no tienen formas impuestas (art. 284 CCyC), las que se encuentran establecidas en la ley, pero también las partes pueden elegir que una determinada forma sea obligatoria.⁹

Realizadas estas conceptualizaciones, debemos decir que, la primera razón en contra de las prácticas que motivan el presente ensayo, es la violación del principio de libertad de contratación, que concede la facultad a las personas de no celebrar un contrato que no se quiere concluir y de elegir a otro contratante para hacerlo. Esto en razón de que la libertad de contratar tiene una doble faz, pues en su contracara se encuentra, claro está, la libertad de no contratar.¹⁰

Entendemos, como lo hace Messineo, que la libertad de contratar se explica ya con la mayor amplitud en todo el campo contractual; y es la regla: donde ella no obre y donde falte la espontaneidad del actuar de las partes, que excluya la figura del contrato.¹¹

Cabe agregar que, el derecho contractual, está y estuvo vinculado al derecho constitucional por que sus principios generales son de raigambre constitucional, el

⁸ STIGLITZ Rubén, en LORENZETTI Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo V, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, P. 537

⁹ PERAL Santiago J., *El Contrato En El Código Civil Y Comercial: Los Principios Fundamentales De La Concepción Clásica Y Su Vigencia En La Contratación Moderna*, DJ 06/07/2016, 5, Cita Online: AR/DOC/1223/2016.

¹⁰ CAMELO GUSTAVO en CAMELO Gustavo-PICASSO Sebastián- HERRERA Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1 ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INFOJUS, 2015, P.336, disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf

¹¹ MESSINEO Francesco, *Doctrina General del contrato*, ob. cit., P. 35

orden público, la buena fe y la autonomía privada han tenido su pleno reconocimiento tanto en la constitución histórica como en la actual.¹²

Esto es así, ya que el contrato en Argentina mantiene su base fundamental en los arts. 19 (libertad de contratación)¹³, 16 (igualdad), y 17 (propiedad)³¹, a lo que sumamos el art 42 de la Constitución Nacional Argentina.¹⁴

En este orden de ideas y como señala Garrido de Cordobera¹⁵, la libertad de contratación tiene además el respaldo constitucional en el sentido amplio del art 28 cuando se dispone que los principios, derechos y garantías y derechos reconocidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio que concuerda con la primera parte del 14.

Claro está que una reglamentación de carácter administrativa como las mencionadas *ut supra* que alteran el contenido de dichos derechos constitucionales y condicionan principios reconocidos en la legislación de fondo imponiendo limitaciones que ésta no impone, tornando a la misma en inconstitucional.

b) La libertad de contratación en materia de contratos de consumo.

Por otro lado, especial referencia debemos hacer a este principio en materia de contrato de consumo, ya que, en la mayoría de los casos, los contratos de seguros son a

¹² NICOLAU Noemí, cit. en: GARRIDO DE CORDOBERA Lidia, “*Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites.*”, Publicado el 10 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/las-bases-constitucionales-del-derecho-de-los-contratos.-analisis-critico-del-alcance-del-principio-de-la-autonomia-de-la-voluntad.-limites> P. 2

¹³ Artículo 19.- *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

¹⁴ GARRIDO DE CORDOBERA Lidia, “*Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites.*”, Publicado el 10 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/las-bases-constitucionales-del-derecho-de-los-contratos.-analisis-critico-del-alcance-del-principio-de-la-autonomia-de-la-voluntad.-limites> P. 8

¹⁵ Ibidem. P.4

su vez contratos de consumo¹⁶. Esto es importante porque dicha calificación tiene como consecuencia inmediata la aplicación de todo el régimen tuitivo consagrado en la ley de defensa del consumidor (24.240), el acápite del CCyC relativo a los contratos de consumo (art. 1092 a 1122) y, como puede resultar una obviedad, el art.42 de la norma constitucional.

Ello en concordancia con la importante y mayoritaria doctrina que entiende que el contratante de seguro resulta comprendido en el concepto amplio del sujeto que “adquiere o utiliza bienes o servicios” y que lo hace además “como destinatario final”, “para beneficio propio”, “o de su grupo familiar o social”¹⁷

También en favor de esta postura se ha expresado el Dr. Orlando Moreno cuando dijo que “...con la redacción actual de la LDC no pueden quedar demasiadas dudas de que le son aplicables al contrato de seguro sus normas.”¹⁸

Por su parte, Gherzi, que adhiere a esta tesitura, opina que: “La ley 17.418 es una norma específica y referencial, pero como todo proceso jurídico es mutable y actualizable por otras normas que la sociedad dicta con motivo del desarrollo evolutivo”.¹⁹

Sentada dicha posición, debemos decir que el art.1099 del CCyC expresamente refiere que “*Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.*”

Como se puede ver el artículo establece una prohibición genérica de las prácticas que limiten la libertad de contratar del consumidor. Dicha libertad puede verse afectada (I) por prácticas contractuales, que son reguladas principalmente en la LDC, CCyC y leyes especiales; o (II) por prácticas anticompetitivas o engañosas, reguladas principalmente por la ley de Defensa de la Competencia (25156) y la ley de Lealtad Comercial (22802).²⁰

¹⁶ Conforme a nuestro CCyC en el art. 1093 entiende como contrato de consumo al celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

¹⁷ GREGORIO CLUSELLAS Eduardo, *El seguro como relación de consumo. Sus efectos y las normas sobre la prescripción aplicables*, en ROITMAN Horacio y AGUIRRE Felipe, directores; Seguros y Defensa del Consumidor, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, P. 148).

¹⁸ MORENO Orlando J., *La ley de defensa del consumidor y el contrato de seguros*, en Roitman Horacio y Aguirre Felipe, ob. cit., P. 207

¹⁹ GHERSI Carlos Alberto, *Contrato de Seguro*, Buenos Aires, Astrea 2007, p. 25.

²⁰ SIGAL MARTIN en RIVERA Julio Cesar y MEDINA Graciela, *Código Civil y Comercial comentado*, Tomo III, 1 ed. 2 reimpresión, CABA, La Ley, 2015, P.740

Específicamente, la norma prevé otra situación de limitación de la libertad contractual, como es la que se da cuando el proveedor impone al consumidor la exigencia de adquirir determinados bienes o servicios a cuya satisfacción subordina la provisión de los contratados, lo que suele presentarse bajo el formato de “cláusulas sorpresivas”.²¹

Mediante esta prohibición lo que busca el Código es que el consumidor tenga garantizada su libertad de contratación no sólo en relación con la elección de los bienes o servicios sobre los que tenga interés, sino también en cuanto a la posibilidad de acceder a ellos sin condicionantes o restricciones.²²

Se trata de que los proveedores actúen de manera que cada bien o servicio que pretendan colocar en el mercado se materialice mediante un proceso que permita al consumidor conocer acabadamente sus características y decidir libremente, evitando que el "arrastre" que provoca un bien deseado permita "imponer" otro no pretendido.²³

En forma mas detallada, el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (art. 22) tipifica las restricciones a las libertades del consumidor que configuran prácticas abusivas diciendo que: *“Están prohibidas las prácticas que condicionan o restringen indebidamente la libertad del consumidor o usuario, en especial: 1. Enviar o entregar al consumidor cualquier producto, o proveer cualquier servicio sin solicitud previa. Queda prohibida la realización de una propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no haya sido requerido previamente y que pueda generar un cargo que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. Si con esta práctica abusiva se envió una cosa, el consumidor receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos; 2. Subordinar la provisión de un bien o la prestación de servicios a la adquisición o contratación simultánea de otros, o procedimientos similares que persigan idéntico objetivo; 3. Ejecutar servicios sin la previa elaboración de presupuesto y autorización expresa del consumidor, salvo los derivados de prácticas anteriores acordadas entre las partes; 4. Negar o condicionar injustificadamente la adquisición de bienes o la provisión de servicios al consumidor o usuario; 5. Aumentar sin justa causa el precio de bienes o servicios con posterioridad a la oferta hecha pública, durante el tiempo en que se realice; 6. Acudir a la sorpresa, al acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida, a fin de que el consumidor decida una contratación que de otra manera no hubiera efectuado o que hubiera podido*

²¹ STIGLITZ Ruben en CARAMELO Gustavo-PICASSO Sebastián- HERRERA Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1 ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INFOJUS, 2015, P.495, disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf

²² WAINTRAUB JAVIER H. en LORENZETTI Ricardo Luis (director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VI, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, P. 252

²³ Ibidem. P. 253

efectuar en mejores condiciones; 7. Desplegar una conducta engañosa que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta las características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor tome una decisión sobre una contratación que no hubiera realizado o que hubiera efectuado en mejores condiciones.

Por que, en segundo orden, este tipo de “ventas atadas”, en caso de darse en el ámbito de una relación de consumo, vulnerarían lo dispuesto por el art. 1099 del CCyC, ya que implicarían subordinar la provisión del automotor a la adquisición simultánea de un contrato de seguro.

c) La Ley de Defensa a la Competencia.

Por otro lado, dentro de nuestra legislación de fondo encontramos otra norma que expresamente veda este tipo de conductas. La ley de de Defensa de la Competencia (27442) en su artículo 3 dispone que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1²⁴ de dicha ley inc. f) “*Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien*”

Este sería, a nuestro entender, el tercer motivo por el cual este tipo de conductas y las normas que las amparan, estan viciadas de arbitrariedad e ilegalidad. Pero, en este punto, debemos hacer una válida aclaración. Para que un acto se contrario a lo dispuesto en la ley 27442 debe existir la posibilidad de que se vea perjudicado el interés económico general.²⁵ Ello como consecuencia de que el que exista una restricción a la competencia, no significa que exista automáticamente un acto ilegal, prohibido y punible. Esto hace que cada acto restrictivo sea juzgado para determinar si existe peligro de dañar el interés económico general. Después de analizar el acto en cuestión,

²⁴ Artículo 1° ley 27.442 - *Están prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. Se les aplicarán las sanciones establecidas en la presente ley a quienes realicen dichos actos o incurran en dichas conductas, sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren corresponder como consecuencia de los mismos. Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de otras normas.*

²⁵La Cámara Nacional en lo Penal-Económico, Sala B, 9-11-98, J.A. 2000-I-330, estableció que el interés económico general “debe ser entendido como el interés de la comunidad y no el de determinado agente económico”

las circunstancias en que se realiza y su impacto en el mercado, se determina si es ilegal o no.²⁶

La comisión de defensa a la competencia ha dicho que *"... el concepto de daño al interés económico general, entendido como la eficiencia económica, se refiere a aquellas circunstancias en las que la acción anticompetitiva o abusiva llevada a cabo resulta en una menor cantidad comercializada que la correspondiente al equilibrio competitivo del mercado en cuestión..."*²⁷

d) Pautas interpretativas para superar la contradicción normativa.

Finalmente y en cuarto lugar, entendemos que existen pautas de orden interpretativas que permiten superar las contradicciones que hemos referido anteriormente entre las normas administrativas que amparan este tipo de prácticas y el CCyC.

En palabras de Nino hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.²⁸ Aquí nos encontramos, por un lado, con tres preceptos dictados por organismos reguladores que permiten que subordinar la provisión de productos (un vehículo) a la adquisición simultánea de un seguro, siempre y cuando se ofrezcan entre tres y cinco aseguradoras. Por otro lado, tenemos el Código Civil y Comercial de la nación que, sin condicionamiento alguno, determina en su art.1099 que *"Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo."*

Las reglas que utilizan los jueces y doctrinarios comúnmente para superar este tipo de incoherencias y, en palabras Carnelutti, "depurar el ordenamiento jurídico"²⁹, son *lex superior, lex specialis y lex posterior*. El primero de ellos indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior. *Lex*

²⁶ OTAMENDI Jorge, *El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia*, LA LEY1999-F, 1087, AR/DOC/873/2001

²⁷ Comisión de Defensa de la Competencia actuación de oficio c. YPF", dictamen del 19/3/99, cit. En: OTAMENDI Jorge, *El interés general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia*, LA LEY1999-F, 1087, AR/DOC/873/2001.

²⁸ NINO Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ed. Ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea 2015, p.272.

²⁹ Según Carnelutti la depuración del ordenamiento se produce en el sentido de eliminar todos los mandatos antinómicos menos uno, o bien mediante la sustitución de todos los mandatos antinómicos por otro mandato, sin lo cual su plenitud quedaría comprometida (CARNELUTTI Francisco, *Teoría General del Derecho*, trad. OSSET Francisco Javier, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 108)

posterior estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Finalmente, el principio de *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de aplicación sea más general.³⁰

Por lo que, teniendo en cuenta las enseñanzas de Kelsen sobre la jerarquía de las normas, debemos decir que, la solución a dicha antinomia no parece revestir mayor dificultad, ya que el CCyC resulta una norma superior a las normas administrativas reseñadas que sería inválidas.

Asimismo, tanto la resolución 38.052 (SSN) como la comunicación A-5460 del Banco Central, datan del año 2013. Por lo que las últimas dos han quedado derogadas el primero de agosto de 2015 cuando entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente su artículo 1099 al que anteriormente nos hemos referido. Por lo que además de lo antes dicho y aunque todas las normas tuvieran la misma jerarquía (cosa que ni remotamente sucede en este caso), todas estas resoluciones quedarían derogadas por el principio de *lex posterior*.

Pero debemos realizar la salvedad de que, como enseña Aftalión, solamente ciertos órganos del Estado están autorizados para decretar o reconocer que existe una contradicción entre normas de distinto grado y anular la inferior. Y si esos órganos no reconocen la contradicción, por evidente que ella sea para el resto de los ciudadanos³¹, la norma inferior no será anulada. En ausencia de un acto expreso de esos órganos toda norma debe ser tenida por válida; por inconstitucional que les parezca a los particulares; la opinión de estos últimos es irrelevante para determinar la existencia o no de una causal de invalidez. Por lo que, a los efectos de sustraerse de la aplicación de estas normas, los consumidores deberán impugnar judicialmente la validez de las resoluciones, pidiendo que las mismas sean declaradas inconstitucionales.

Finalmente, debemos agregar que, en la ponderación de bienes jurídicamente tutelados entre la protección del interés del acreedor prendario y la libertad de contratación del consumidor, siempre debe primar ésta última. Todo ello en razón de:

-Lo dispuesto por el art. 3³² de la 24.240 y el art.1094 del CCyC que determina que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e

³⁰ NINO Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ed. Ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea 2015, p.275

³¹ AFTALION Enrique R.- VILANOVA José, *Introducción al derecho*, 2 ed., Colombia, Abeledo-Perrot, Colombia 1994, p. 540

³² Art. 3 ley 24.240 “...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor...”

interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable y que, en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

- Todo actividad comercial implica un riesgo, que debe soportar la empresa y que, en última instancia, puede trasladarlo al precio. En nuestra opinión, resulta desproporcionado violar la libertad de contratación de todos los consumidores para proteger al acreedor prendario en aquellos pocos casos donde pueda afectarse por algún siniestro la integridad del valor del rodado, debiendo recurrir el acreedor a otras formas de cobro para hacerse de su deuda y no a prácticas abusivas (arts. 1096 y ss. del CCyC).

-Cualquier aseguradora que opere legalmente en el mercado y con la autorización de la SSN para funcionar, conforme a lo dispuesto por la ley 20.091, se presume que posee las condiciones de solvencia suficiente para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, por este motivo, tampoco resulta razonable la imposición de la compañía contratante al consumidor por parte del acreedor prendario.

3- RESUMEN CONCLUSIVO:

Como enseña el maestro italiano Messineo, el contrato, cualquiera sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las mas variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes.³³ Por ese motivo, la regulación que un estado le otorga a la propiedad privada y a los contratos son bases fundamentales para el desarrollo económico de cualquier nación.

Creemos que las normas reglamentarias mencionadas anteriormente implican una afectación a derechos constitucionalmente consagrados y un exceso en el poder reglamentario del poder ejecutivo. Esto se debe a que, las resoluciones administrativas referidas inicialmente alteran, las pautas impartidas en las normas legales de fondo contenidas tanto en el CCyC, la ley de Defensa a la Competencia y la Constitución Nacional.

Debemos decir, además, que el derecho ha sido siempre la mas objetiva y pacífica forma de proteger aquellos que, por diferencias circunstancias, la sociedad vulnerabiliza. En este sentido, los usuarios y los consumidores son la novedad que vino de la mano de la posmodernidad y la sociedad de consumo.

³³ MESSINEO Francesco, *Doctrina General del contrato*, ob. cit., P. 34

Coincidimos con Garrido de Cordobera cuando dice que la teoría contractual esta estrechamente vinculada a las ideas de cómo la sociedad y el mercado deben ser organizados.³⁴ Una argentina justa y que concrete los ideales plasmados en nuestra constitución, solo es posible mediante la protección efectiva de los consumidores, que debe estar plasmada tanto en las normas de cualquier jerarquía, como en las prácticas de quienes operan en el mercado.

³⁴ GARRIDO DE CORDOBERA Lidia, “*Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites.*”, Publicado el 10 de octubre de 2013, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/las-bases-constitucionales-del-derecho-de-los-contratos.-analisis-critico-del-alcance-del-principio-de-la-autonomia-de-la-voluntad.-limites> P. 7