



Inconstitucionalidad de la Ley 26.944 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público.

Dr. Carlos Gherzi

Sumario

1. Introducción.
2. Qué significa y cuál es el alcance de una Ley de orden público.
3. Especialmente la Ley Derechos del Consumidor 26.361.
4. Ley 26.361: un salvoconducto frente a la desprotección del legislador.
5. La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado.
6. Conclusión.

Inconstitucionalidad de la Ley 26.944 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público.

Dr. Carlos Gherzi

1. Introducción.

Lamentablemente tenemos que escribir este artículo - como nuestra humilde opinión - ante el desconocimiento, no solo **metodológico** del Código, (1) sino también de los legisladores que lo aprobaron y de la Ley 26.994 que como * arrastre de tren * se convirtió en modificadora de la ley 26.361, con total desconocimiento de la * **lógica jurídica** *, lo cual es sumamente grave para toda la sociedad, los abogados y los Magistrados porque crea inseguridad jurídica, así como también en el mismo sentido la Ley 26.944.-

El mandato de la Presidenta de la Nación fue confeccionar un Código Unificado Civil y Comercial y así al menos esta el título del Código Vigente, sin embargo, se ha avanzado en * **materias y contenidos** * que representaban una parte autónoma (después de largos debates y luchas en la doctrina y la jurisprudencia) y que poseían una regulación, así por ejemplo, Ley de Contratos de Trabajo (vulnerada por la regulación del contrato de franquicia); la Ley de Derechos del Paciente y la Ley de Derechos del Consu

midor, todas de **orden publico**, cuando esta Ley 26.994 ; la Ley 26.944 y el propio Código **no son de orden publico.- (2)**

Esto es lisa y llanamente **inconstitucional y contrario** a los Pactos, Tratados y Convenciones Internaciones, suscriptas por la Argentina y claramente desconocidos por nuestro legisladores, quienes debería pagar los costes, por dictar normas inconstitucionales y en desconocimiento de normativas Internacionales, ya que causan perjuicio a los seres humanos que habita la Nación Argentina.- (3)

2. Qué significa y cuál es el alcance de una Ley de orden público.

Dice Karl Larenz: La dogmática jurídica como ciencia de un determinado derecho positivo queda ciertamente ligada al espíritu de ese orden jurídico, a sus bases específicas de valoración. Esto lo expresa entre nosotros la exigencia de una interpretación conforme la **Constitución**, (4) es decir, allí - en la Constitución - encontramos la **primera premisa** (Constitución de 1853) (5) desde donde se derivaran las normas y que con posterioridad fue reformulada(1994) **incorporando** los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales, que específicamente **obligan al Estado** a cumplir con estos y la Constitución.- (6)

En la misma obra señala, aludiendo a los legisladores (7) las fuentes del conocimiento (aludiendo en párrafos anteriores, a leyes anteriores, proyectos, debates, etc.) sirven para averiguar la intención reguladora y los fines del legislador siempre que estos no sean **evidentes** en la misma norma (nosotros agregaríamos, así por ejemplo, las normas de orden publico) por un preámbulo, por disposiciones introductorias, las decisiones de valor de ello resultante; nos preguntamos si esta habrá sido omisión de conocimiento, de los legisladores al sancionar un Código y Ley 26.994y 26.994 con claros rasgos y contenidos inconstitucionales.- (8)

En su obra filosófica (9) Oñante, señala con precisión: Contribuye precisar lo que pretendemos de una norma de orden publico, el fin de la ley es proponer, mandar una cierta acción u omisión que se exige imperativamente, un cierto comportamiento – y propone un plus – modificar lo existente y proponer un nuevo valor.-

Este es el caso de la Ley de Derechos del Paciente, en determinado momento de la historia (antropológica, sociológica y jurídica) se determino que el **paciente** era un ***sujeto vulnerable*** y había que dictar una norma *** de fuerte contenido protectorio*** y que no sea facialmente derogable por los intereses corporativos opuestos (Ley 26.569 de Derechos del Paciente).- (10)

El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora a modo de ejemplo e impropiamente e inconstitucionalmente - por que modifica una ley de orden publico – (

sin que sea taxativo) un artículo 59 donde establece contenido del consentimiento informado para actos médicos (sobre lo que ya había dispuesto la Ley de Derechos del Paciente) y actos de investigación en salud, con un claro desconocimiento que se trata de dos situaciones absolutamente diferentes, con protocolos distintos, mostrando un desconocimiento de las aplicaciones en el derecho a la salud y trayendo confusión a médicos, clínicas, hospitales y pacientes, con lo cual en todo aquello que modifique la Ley de derechos del Paciente cercenando derechos del paciente o en contradicción con la citada norma es inconstitucional.- (11)

Otros dos ejemplos, son la actividad que realiza el ser humano en la economía con los **roles** de trabajador (art. 14 y 17 de la Constitución Nacional) y consumidor (art 42 de la misma Constitución Nacional) y que al tratarse de un sujeto.- empresa, también vulnerable, desde la **economía, lo social y lo jurídico**, en consecuencia en diferentes momentos históricos se dictan sendas leyes de orden público.- (protectorias del trabajador y del consumidor) (12)

Nos encontramos que, sin **sustento** filosófico, metodológico y valorativo e incluso de pragmática sociológica, son – mejor dicho – pretenden modificarlas, lo cual sostenemos es **inconstitucional** y no resiste el **control de convencionalidad** que los Magistrados – concedores del derecho- deben aplicar de **oficio**, así por ejemplo, y especialmente en el caso de la regulación de la franquicia – entre otros – con la Ley de Contrato de Trabajo de **orden público** y las acciones contra el franquiciante del trabajador del Franquiciado., que poseía en los arts. 30 / 1 LCT.-

3. Especialmente la Ley Derechos del Consumidor 26.361.

Sabidamente el Profesor Borda había intuido el desarrollo de los derechos del consumidor en el art. 954 de su reforma al Código de Velez, generando un *** plus de protección*** al minusválido de poder (asimetría de poder económico, social y jurídico) y generando una **revisión económica del acto oneroso** (no solo de los contratos) para producir un **reequilibrios en las prestaciones**.- (13)

Ese inicio fue coronado con la Ley 24.240 (López Cabana – Alterini - G Stiglits que trabajaron mucho en los proyectos) ; la Ley 24.999 y por último la ley mas completa de la historia jurídica Argentina, .que en un momento denominamos el Código Civil de la Posmodernidad – que unió todo el derecho, bajo en el estigma de la **sociedad de consumo**, el 95 % de los daños; los contratos y las relaciones de consumo, con su **expuesto**, son protegidos individual y colectivamente toda la sociedad.-

Primeramente el Código en su **definición** de consumidor pretende eliminar al expuesto (art. 1092) y luego procura colocar a los contratos de adhesión y consumo, bajo la institución jurídica del **consentimiento**, (absurdo) (título III, Capítulo 2.

Formación del consentimiento) con claro olvido de la **estructura del asentimiento**, reconocida por los italianos y la doctrina global, desde al menos, 1940 y la **econometría científica** (14).

También la Ley 26.994 como señalamos de * arrastre de ferrocarril * pretende modificar el art. 1 en cuanto a la eliminación del expuesto y 50, que decía la **acción** prescribía a los 3 años o un plazo mayor que beneficiara al consumidor, que hoy es al menos, 5 **cinco años**.

4. Ley 26.361 un salvoconducto frente a la desprotección del legislador.

El **consumidor** contratante, el familiar, ocasional y expuesto, tienen y tendrán la protección de la Ley 26.361 de Derechos del Consumidor absolutamente sin la más mínima modificación porque es de **orden público** y ni la Ley 26.944, ni el Código son de orden público (primer fundamento).

El segundo fundamento, es que: Declaración de Principios Sociales de América; la Carta Interamericana de Garantías Sociales, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Art. II, que establece: Art. 1: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de posición económica y Quinto: Protocolo de San Salvador (adicional al Pacto de San José de Costa Rica, San Salvador 17/11/88) "... Art. 3° Los Estados parte en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, establece el **principio de progresividad de los derechos y la no regresividad de los ya adquiridos**.

5. La ley 26.944 de responsabilidad del Estado (15)

En otro claro desconocimiento del orden lógico- normativo se dicta la Ley 26944 de presunta regulación de responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, sin embargo la Ley 26.361 es clara y precisa en su art. 2. Proveedores de cosas y servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta Ley todas las personas físicas o jurídicas de **naturaleza pública** o privada que en forma profesional, aún ocasionalmente **produzcan, importen, distribuyan o comercialicen** cosas o presten servicios a consumidores o usuarios, sin duda el **Estado** está considerado en las diversas formulaciones de prestador de servicios y proveedor de bienes en **forma directa u indirecta** (Hospitales, Aguas, peaje en rutas, etc.) y su **responsabilidad** estará regida por el **art. 40** en forma objetiva y solidaria, sin que esto pueda ser desvirtuado por la Ley 26.944 que **no es de orden público**, ni los arts. 1764; 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que

tampoco son de orden público en lo que hace al alcance de la Ley 26.361 y también contrarían los Pactos, Tratados y Convenciones que disponen **progresividad y no regresividad de derechos**.

5. Conclusión.

La ley 26.361 de Derechos del Consumidor, la Ley de Contratos de Trabajo y la Ley de Derechos del paciente 26,569, son leyes de **orden público** y no pueden ser reformadas por el legislador por simples leyes o simples Códigos y por ende se encuentran en **vigencia en forma completa y sin cercenamiento (17)**

Ahora bien, los legisladores han dictado normativas inconstitucionales y se han sancionado un Código que contiene normas inconstitucionales, la sociedad paga caro los **costes** (16) del poder del Estado (en sus tres roles) lo cual demuestra una vez mas la falacia de la democracia que posee en sus entrañas legisladores que desconocen la lógica jurídica y que constantemente repiten errores simplemente por obsecuencia partidaria, pro que conllevan a la sociedad y sus operadores a la inseguridad jurídica y al desprestigio internacional del País.

Notas

- 1.- Consultar. Gherzi Carlos. Metodología de la investigación científica. 5ta edición. Ed. Universidad Jeveriana. Bogota 2014.-
- 2.-Acosta, y otros. Renunciar al bien común. Pag. 19 y siguientes.- Ed. Mardulce. Buenos Aires 2014.-
- 3.-Calveiro, Pilar. Violencias del Estado. Pag. 97 y siguientes. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires . 2012.-
- 4.-Larenz, kart. Metodología de la ciencia del derecho. pag 27.- Ed. Ariel. Barcelona. 1980.-
- 5.-Cinsultar. Oszlak, Oscar. La formación del Estado Argentino. Ed. Planeta. Buenos Aires. 1997.-
- 6.-Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina. Tomo II. Ed. La ley Buenos Aires 2014.-
- 7.-Larenz, kart. Metodología de la ciencia del derecho. pag 328.- Ed. Ariel. Barcelona. 1980.-
- 8.- Weingarten- Gherzi.(directores) Manual de derechos del consumidor. 2da edición. Ed. La ley. Buenos Aires 2015.-
- 9.- López de Oñante. Filosofía del derecho. pag. 266.- Ed. E. J. E. A. Buenos Aires 1968.-
- 10.-Weingarten – Gherzi- (directores) Tratado de derecho a la salud. Ed. La Ley. Buenos Aires. 2013.-
- 11.-Del Vecchio, Giorgio. Los principios generales del derecho. pag.117 (prelaciones normativas) Ed. Bosch. Casa Editorial S. A. Barcelona 1978.-
- 12.-Dojourns, Christophe. La banalización de la injusticia social pag. 107. (Retorno a las estrategias colectivas de defensa) Ed, Paidós. Buenos Aires 2006.-
- 13.-Weingarten- Gherzi (directores) Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo. Ed. La Ley. Buenos Aires 2015.-
- 14.-Gherzi, Carlos. Econometría jurídica. Ed. Astrea. Buenos Aires 2008.-

- 15.-Agamben, Giorgio. Estado de excepción. Pag. 23 y siguiente (el estado de excepción como paradigma de gobierno) Ed. Adrián Hidalgo Editores. Buenos Aires. 2003.-
- 16.-Holmes- Sustein- El costo de los derechos. Ed. Siglo XXI. Buenos Aires 2014.-
- 17.-Dworkin, Ronald. Una cuestión de principios. Pag. 25 y siguientes. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires 2014.-