

El derecho en los finales de la vida

MUERTE DIGNA(*)

Ignacio Maglio y Sandra M. Wierzba

SUMARIO: I. Introducción. — II. La experiencia jurisprudencial. — III. Las decisiones en los finales de la vida. Salud individual y colectiva. — IV. Precisando los términos. Eutanasia, muerte digna y adecuación del esfuerzo terapéutico. — V. Las directivas anticipadas: forma y contenido. — VI. Sobre el contenido de las directivas anticipadas. Develando la dignidad. Hidratación y alimentación artificial. — VII. Conclusión. La promoción de la dignidad en los finales de la vida.

➔ El derecho que se pone en juego a través de las decisiones que involucran la muerte digna es el de disponer del propio cuerpo; es un derecho a permitir morir en paz. No consiste ni en dejar ni en hacer morir; y para ello deben respetarse la distintas cosmovisiones sobre la noción de calidad de vida. Deben evitarse tanto la medicalización, como la judicialización de los procesos del morir y de la muerte; para que las decisiones en los finales de la vida sean sólo consistentes con las creencias y valores de los sujetos involucrados directamente, no agravando innecesariamente su sufrimiento, ni el costo social, sin interferencias y con plena promoción de la autonomía y dignidad personales.

I. Introducción

La muerte es uno de los núcleos simbólicos más omnipresentes en cualquier comunidad y cultura. Su significado y sentido se construyen desde un universo de apreciación colectiva que excede el simple dato biológico del fin de la vida.

El fenómeno saliente de los tiempos que corren está dado por el ocultamiento de la muerte, un determinado “ethos” médico y jurídico que sólo conciben la muerte desde limitadas cosmovisiones, en donde predominan la negación, el rechazo, la omnipotencia y la ausencia de consideración de los deseos y preferencias de los pacientes y sus familias.

El “empeinamiento pseudoterapéutico” es la cara visible del ocultamiento del morir y la muerte. Resulta lógica entonces la amenaza de la desapropiación de la propia muerte, de la que da cuenta la siguiente reflexión: “*Cuando llegue la enfermedad fatal, espero estar lúcido y*

que se me ayude a verla con claridad; el problema será cómo resistir, cómo evitar el tratamiento sin demasiado sufrimiento natural. La enfermedad es menos atemorizadora si se reflexiona sobre ella. Los interminables exámenes, los tratamientos y todo el aparato médico no me tranquilizan; me angustian. Voy a luchar por tener poder, en lugar de ofrecer con calma mi flanco a un ungüento. El problema más urgente será encontrar un médico, no una cura”(1).

En las unidades de cuidados críticos, con frecuencia la muerte transcurre en soledad, en ausencia de afectos y con el predominio de la parafernalia tecnológica deshumanizante. En este sórdido escenario, se intenta aliviar el sufrimiento a pesar de todas esas limitaciones(2)(3)(4).

En cambio, el proceso del morir extrahospitalario requiere cuidados médicos, pero fundamentalmente acompañamiento afectivo y espiritual, así lo indica la experiencia de equipos de salud en cuidados paliativos(5), siendo imprescindible la alteridad de la comunicación, la presencia del otro y la cooperación(6).

La falta de protagonismo del paciente y de su entorno en la toma de decisiones en los finales de la vida continúa siendo el escenario más frecuente; las opiniones de los familiares no siempre son debidamente consideradas en las discusiones académicas, médicas, éticas y jurídicas(7) y el ejercicio defensivo de la medicina en esta sociedad especialmente litigiosa no es ajeno a estos fenómenos.

En tal escenario y con mayor énfasis en la última década, las decisiones de los finales de vida se han desplazado desde la tríada paciente-familia-médico hacia el Poder Judicial. Así las cosas, la “muerte digna” es hoy una cuestión significativa para el Derecho, que se ha adentrado en sus circunstancias, en un intento por evitar o minimizar los conflictos que derivan de su implementación.

II. La experiencia jurisprudencial

En los últimos años, distintos casos emblemáticos han sido epifenómenos de esta nueva tanatología. En el caso *Albarracini Nieves*(8),

la Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo reafirmar que todo adulto competente tiene derecho a negarse a una transfusión sanguínea, si ello no compromete a terceros. Ello fue así, luego de cientos de reclamos judiciales en los cuales los conflictos entre valores y creencias de los pacientes y de sus grupos familiares, la convicción de los profesionales sobre su deber de conservar la vida en cualquier circunstancia y un claro ejercicio defensivo de la medicina moderna quedaron manifiestos.

En el caso M., una joven lúcida que padecía una patología valorada como incurable y que le imponía graves sufrimientos pidió que la “durmieran para siempre”, es decir, reclamó por su derecho a no asistir a su propia muerte(9). En otro precedente, fueron los padres de una niña que padecía un estado vegetativo persistente desde su nacimiento —*calificado como irreversible por tres Comités de Bioética*—, quienes pidieron que “la dejaran ir”, es decir, que los profesionales de la salud adecuaran el esfuerzo terapéutico, retirándole el respirador artificial. Ambos casos tuvieron gran repercusión mediática(10), e impulsaron la sanción de la llamada “Ley de Muerte Digna”(11), norma que si bien no significó una modificación normativa esencial —pues el derecho a la negativa de atención se hallaba contemplado ya en otras disposiciones—, tuvo la virtud de nombrar más detalladamente tal delicada materia, facilitando la resolución de ciertos conflictos habituales en la atención nosocomial, en una sociedad que se caracteriza por ser especialmente litigiosa(12).

El último caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre esta materia, también generó gran interés público, y decidió convalidar la decisión de un tribunal superior provincial, y aceptar la petición de los familiares de un paciente con patología neurológica irreversible, para el retiro del soporte vital.

Los precedentes mencionados tienen determinados rasgos comunes, pero comulgan en una controversia fundamental y epistémica en cuanto a la noción de muerte digna y su confusión con prácticas eutanásicas. En todos los casos —pensamos—, tanto el encarnamiento

pseudoterapéutico, como el empeinamiento judicial obedecieron a equívocos y distorsiones sobre el sentido de la dignidad en los finales de vida. Frágiles deontologías y aparentes presupuestos morales subyacentes contribuyen al desencuentro y a la controversia, por ello es preciso que tanto desde el Derecho, como desde la Bioética, se pueda argumentar racionalmente sobre los principios y derechos en juego, para, por un lado, evitar la judicialización, como sugiere la Corte Suprema; y por otro, y sobre todo, permitir que las personas puedan morir con dignidad y en paz, sin interferencias pseudomorales, médicas o jurídicas.

III. Las decisiones en los finales de la vida. Salud individual y colectiva

Además de pertenecer a la única especie con conciencia de finitud, los seres humanos en su mayoría morimos tras un período de enfermedad crónica evolutiva(13). A pesar de ello, aún no es frecuente la reflexión sobre los mejores modos de transitar el final de nuestra existencia.

Las decisiones en los finales de la vida son aquellas que involucran a la persona cuyas funciones vitales se encuentran seriamente comprometidas y que pueden afectar su dignidad e integridad, así como tener un impacto significativo en la calidad, lugar y tiempo de morir(14). Estas decisiones han cobrado importancia en la medida que el avance de la ciencia y de la tecnología fue permitiendo la prolongación de la vida por un tiempo y en condiciones que antaño hubieran resultado inimaginables.

Esta última etapa se ha ido transformando en un asunto médico(15) y jurídico, esta apropiación deshumanizó y desculturalizó el morir; generando hospitalización y judicialización innecesarias; todo ello a pesar de que morir en casa(16) continúa siendo el escenario preferido para transitar los finales de la vida(17). La medicalización del morir se observa dramáticamente en el “encarnamiento pseudoterapéutico”, es decir, en la negación de la muerte, con la imposición de medidas extraordinarias

➔ CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA. El derecho en los finales de la vida. Muerte digna

Ignacio Maglio y Sandra M. Wierzba..... 1

NOTA A FALLO. El Tribunal de Justicia Europeo y las cláusulas abusivas en contratos de consumo

Federico M. Álvarez Larrondo 5

El silencio en el delito de estafa

Carlos E. Edwards..... 11

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

CONSUMIDORES. Interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Crédito hipotecario. Facultades de los jueces. Cláusulas abusivas en relación a los intereses. Cuestión prejudicial (TJusticia Unión Europea) 5

JURISPRUDENCIA

DEFRAUDACIÓN. Sobreseimiento. Atipicidad. Silencio sobre ejecución hipotecaria en trámite en un contrato de locación (CNCrim. y Correc.) 11

El derecho en los finales de la vida

● VIENE DE TAPA

y/o desproporcionadas que prolongan la vida de forma artificial, penosa y gravosa. Médicos con trabajo en unidades de terapia intensiva han considerado al encarnizamiento como una deformación de la medicina, “la sobreatención médica divorciada de todo contenido humano constituyéndose en el paradigma actual de la indignidad asistencial” (18).

Ahora bien, la medicalización es posible si hay cierto nivel de aceptación social. Allí opera el concepto de “futilidad”, como el deseo persistente en la aplicación de medidas, sin utilidad terapéutica alguna (19). En cambio, desde cosmovisiones culturales distintas a las “occidentales” se ha expresado con claridad y sencillez que “no hay ninguna dignidad en tratar de curar lo incurable” (20).

Además, la propia comunidad requiere la desmedicalización de la muerte. En este sentido existen estudios en los cuales al consultarse a personas sanas sobre si deseaban morir en sus casas u hospitalizadas, se determinó que en su mayoría, preferían morir en su casa (21). Algunos estudios anteriores habían arrojado similares resultados con enfermos en estado terminal (22).

Por su parte, la interpretación sobre los deseos en los finales de la vida por parte de médi-

cos jóvenes muestra la preferencia en limitar determinadas prácticas como la reanimación. Una encuesta realizada hace pocos años sobre mil cien médicos jóvenes que estaban finalizando su residencia en distintas especialidades en los Estados Unidos, dio cuenta de que nueve de cada diez de ellos optarían por no recibir reanimación al final de la vida (23). A pesar de los resultados de ese estudio, en ese mismo ámbito, la indignidad fue el dato saliente en los finales de vida, exhibiéndose una atención fragmentada de los enfermos graves, que eran sometidos a tratamientos ineficaces que atentaban contra su dignidad y calidad de vida. Hubo además evidencias que dieron cuenta sobre el hecho que la mayoría de habitantes de ese país estaba muriendo de enfermedades crónicas, que la cuarta parte del total del presupuesto del programa de cobertura de seguridad social administrado por su gobierno (Medicare) se gastaba en los servicios a los beneficiarios en el último año de vida, con un cuarenta por ciento de ese monto destinado al tratamiento de los pacientes dentro de los últimos treinta días de vida (24). Se observan fenómenos similares a nivel mundial.

Ello nos lleva a reflexionar sobre el conflicto que supone la necesidad de distribuir equitativamente recursos escasos para la satisfacción de necesidades múltiples, pero en un escenario en el que el progreso científico ha ampliado de manera exponencial las necesidades materiales de los seres humanos y la posibilidad de satisfacerlas, y en el que las normas fundamentales garantizan el disfrute del nivel más alto de la salud (25). Así las cosas, cabe preguntarse: ¿qué alcances debe darse a las normas fundamentales cuando expresan que debe garantizarse el disfrute de tal nivel máximo de

salud? (26) ¿Acaso la asignación de recursos económicos para la atención de un paciente en particular reconoce algún tipo de límite, o bien las disposiciones constitucionales deben interpretarse literalmente para no desjerarquizar tal derecho de primer categoría? Y ¿de qué modo se resguardan los derechos de otros pacientes, a tenor del principio constitucional de igualdad? (27).

La brecha existente entre el ideal previsto en las normas fundamentales sobre salud —según su aplicación por los tribunales, ante los múltiples amparos que hoy se presentan—, y las posibilidades de su materialización fáctica, resulta evidente. Y tal brecha se acentúa y exige una reflexión detenida en la implementación de las políticas públicas de las que participan los tres poderes del Estado, si se piensa en destinar ingentes recursos al financiamiento de tratamientos fútiles.

En nuestro país, la protección de la salud fue explícitamente consagrada en la Constitución nacional reformada en 1994 y en los Tratados Internacionales que a ella se incorporaron con igual jerarquía (28). Y tal protección se renovó en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial (29), y en profusas normas sanitarias específicas. Pero también por ley se fijaron límites a las coberturas básicas obligatorias que todos los prestadores deben asumir (“Programa Médico Obligatorio”) (30).

Existen, además, experiencias internacionales y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, que dan cuenta del aporte sustancial de un nuevo paradigma en la salud pública consistente en la Atención Paliativa, que amplía el tradicional abordaje de los Cui-

dados Paliativos, y que consiste en la mejora de la gestión sanitaria global, al permitir un uso racional y una distribución con mayor carga de equidad de los recursos disponibles.

La nueva cultura paliativa (31), ya presente en nuestra legislación (32), presenta un modelo impregnado de equidad y que integra distintas acciones para la mejora de la calidad de vida desde una identificación oportuna de la necesidad del tratamiento paliativo, pasando por una evaluación multidimensional del proceso de enfermedad, anclado en el respeto por la autonomía de las personas y sustentado en un adecuado entrenamiento y gestión de la atención.

IV. Precizando los términos. Eutanasia, muerte digna y adecuación del esfuerzo terapéutico

Una adecuada aproximación a los derechos en los finales de la vida obliga a precisar los términos; en especial la “eutanasia”, ya que los desencuentros en su definición han provocado distorsión sobre la efectividad y moralidad de prácticas en los finales de la vida.

Las calificaciones de la eutanasia en modalidades pasivas no han tenido un efecto esclarecedor, todo lo contrario. En razón de ello, la definición debería quedar reducida a aquellos supuestos que consisten en provocar la muerte de un paciente portador de una enfermedad mortal, a su requerimiento y en su propio beneficio, por medio de la administración de un tóxico o veneno en dosis mortal (33); siendo el único supuesto que podría ser considerado un delito penal en nuestro ordenamiento jurídico. Coincide con este criterio, evidentemente, la letra del Código Civil y Comercial en su art. 60 y la Ley de Derechos del Paciente

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) “...La muerte es vida vivida, la vida es muerte que viene”. J. L. Borges.

(1) CERONETTI, G., “The silence of the body”, en HEATH, Iona, “Ayudar a Morir”, Katz Editores, Madrid, 2008.

(2) Para contrarrestar este fenómeno resulta de consulta obligada el documento “Pautas y recomendaciones para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente crítico” producidas por el Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. Disponible al 19/8/2015 en <http://www.sati.org.ar/files/bioetica/guias/1999-Comite-de-%20Bioetica-Pautas-y-recomendaciones-para-la-Abstencion-y-o-el-retiro-de-los-metodos-del-soporte-vital-en-el-paciente-critico.pdf>

(3) FALCÓN J. L. - ALVAREZ M. G., “Encuesta entre médicos argentinos sobre decisiones concernientes al final de la vida de los pacientes. Eutanasia activa y pasiva y alivio de síntomas”, *Medicina*, Buenos Aires 1996; 56: 369-377.

(4) Con sinceridad y elocuencia un prominente especialista en terapia intensiva ha precisado que “La reanimación cardiopulmonar sistemática en una sala de terapia intensiva o el simple masaje cardíaco externo en una sala o en el domicilio del paciente agonizante subsisten como “el último ritual” que simboliza la negación de la muerte misma”. Ver GHERARDI, Carlos R., “Vida y Muerte en Terapia Intensiva. Estrategias para conocer y participar en las decisiones”, Ed. Biblos. Bs. As., 2007.

(5) “Loco o cuerdo, apestado o paralítico, las tendencias en los moribundos son las mismas: no sufrir ni morir solos, tener al lado otra persona que les tienda su mano”, conf. NAVIGANTE, A H., “Reflexión desde una foto de Nietzsche enfermo a partir de la problemática epistemológica de los pacientes terminales”, *Perspectivas Nietzscheanas* 1995, Año IV, N° 4.

(6) BAUDOIN, J. L. - BLONDEAU, D., “La ética ante la muerte y el derecho a morir”, Ed. Herder, Barcelona, 1995.

(7) KITZINGER, C. - KITZINGER, J., “Withdrawing artificial nutrition and hydration from minimally conscious and vegetative patients: family perspectives”, disponible al 22/8/15 en <http://jme.bmj.com/content/early/2014/01/03/medethics-2013-101799.full>

(8) CSJN, “Albarracini Nieves, Jorge Washington /s medidas precautorias”, 1/6/02, fallos 335:799. Se trató del caso de un paciente testigo de Jehová, baleado, que requería de una transfusión sanguínea para salvar su vida, según la opinión de los médicos tratantes. Contaba con una directiva anticipada, expresando su negativa a la terapia, firmada en ocasión de unirse a la congregación religiosa.

Su esposa profesaba su misma fe y no tenían hijos. Su padre inició una acción judicial requiriendo la realización de la práctica, que fuera rechazada. El paciente sobrevivió, al menos en lo inmediato.

(9) Ver CIRUZZI, María Susana en “Los dilemas al final de la vida: el paradigma bioético frente al paradigma penal”, en *Derecho Penal*, año 1, número 2, Infojus, disponible al 16-8-15 en http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacfl20130-ciruzzi-dilemas_al_final_vida.htm

(10) Conforme información disponible al 16-8-15 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-163303-2011-03-02.html>. La joven M. falleció el 1/3/11, luego de que se accediera a su pedido de administración de sedación profunda. Asimismo, disponible a la misma fecha, ver http://www.clarin.com/sociedad/Murio-Camila-simbolo-muerte-digna_0_715128546.html. La niña C. falleció a menos de un mes de entrar en vigencia la llamada “Ley de Muerte Digna”, ante el retiro de los medios extraordinarios de sostén por parte del equipo médico, y luego de nuevos planteos sobre la procedencia de tal práctica, en el caso de una paciente incompetente.

(11) Ley 26.742, BO 24/5/12, incorporada a la ley 26529/09, de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado (Argentina).

(12) La citada norma, en su art. 5, inc. g) y h), prevé el derecho que asiste a todo paciente en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado. También dispone sobre el derecho a rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando éstos tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable y asimismo, y sobre derecho en tal caso a “recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento...”

(13) De un 60 a un 75%, conf. BATISTE, Xavier G. et col., “Innovaciones conceptuales e iniciativas de mejora en la atención paliativa del siglo XXI”, *Med Paliat* 2012; 19 (3):85-86.

(14) Definición consensuada por el Grupo de Trabajo “Decisiones en el final de vida” creado por la Comisión Directiva del CAEEM. Consejo Académico de Ética en Medicina. Academia Nacional de Medicina, disponible al 16-8-15 en <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaem/article/view/1713/1460>

(15) MAINETTI J. A. “Estudios Bioéticos”, Ed. Quirón, La Plata, 1993.

(16) MANZINI, Jorge L., “Dos modelos de muerte por enfermedad terminal en la narrativa de León Tolstói, desde la óptica de la medicina paliativa”, Quirón, vol. 20, N° 2 - Año 1989.

(17) En España aumentan los pacientes terminales que prefieren morir en su casa. Disponible al 19-8-15 en <http://www.jano.es/noticia-aumentan-los-pacientes-terminales-que-17111>.

(18) GHERARDI, C., “Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades”, *Medicina*, 1998; 58: 755-762.

(19) MANZINI J. L., “Bioética Paliativa”, La Plata, Ed. Quirón, 1997.

(20) Li Tong-Du, “Mesa redonda: morir dignamente”, Foro Mundial de la Salud. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, En *Foro Mundial de la Salud* vol. 12, N° 4, 395-417 (1991).

(21) Un 64% se pronunció en este sentido, conf. TOSCANI, F. et al., “Death and dying: perceptions and attitudes in Italy”, *Palliative medicine* 1991; 5: 334-343.

(22) TOSCANI, F. - MANCINI, C., “Inadequacies of care in far advanced cancer patients: a comparison between home and hospital in Italy”, *Palliative medicine* 1989; 4: 31-36.

(23) PERIYAKOIL, V.S.; NERI, E.; FONG, A.; KRAEMER, H., (2014) “Do Unto Others: Doctors’ Personal End-of-Life Resuscitation Preferences and Their Attitudes toward Advance Directives”, *PLoS ONE* 9 (5): e98246.

(24) SMITS, H.L. - FURLETTI, M. - VLADECK, B.C., (2002), “Palliative care: An opportunity for Medicare”, New York: Mount Sinai School of Medicine, Institute for Medicare Practice.

(25) Suele asociarse ese fenómeno al llamado “constitucionalismo social”, destacándose en ese marco la constitución mexicana de Querétaro (1917) y proyectándose sus principios en las diversas constituciones de la postguerra. Tales normas sumaron al deber primario de abstención de conductas lesivas hacia los sujetos pasivos, deberes positivos en cabeza del Estado. Ver SAGÜÉS, María “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, JA 2001-III-1270, Lexis N° 0003/008273; y BIDART CAMPOS, Germán, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994”, revista *Hechos y Derechos*, n° 7, año 2000, p. 40.

(26) Por ej., el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, Resolución de su Asamblea General, 2200 A (XXI), 16/12/66) expresa: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En sentido similar, se pronuncia la Convención de los Derechos del Niño (ONU, Resolución de su Asamblea General 44/25, 20/11/1989), art. 24.

(27) Este planteo ha sido y es una constante preocupación para nosotros. Puede verse lo ya dicho en WIERZBA, Sandra, “Las intermitencias de la muerte de José Saragamo”: Una senda para reconsiderar dilemas esenciales vinculados al Derecho a la Salud”, diario “La Ley”, Buenos Aires, Argentina. Suplemento Actualidad, del 2-7-13 y versión actualizada en inglés en “Saragamo’s Death with Interruptions: A path to reconsider essential dilemmas linked to Health Law”. Oñati Socio-legal Series [online], 2014, 4 (6), 1241-1253. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2520437>

(28) Se refieren explícitamente a la salud el art. 41 (Medio ambiente), 42 (Consumidores y usuarios), y algunos tratados incorporados según el art. 75 inc. 22 de la Constitución, como el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA 22/11/69), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, Resolución de su Asamblea General, 2200 A (XXI), 16/12/66), y los ya citados Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

(29) Este Proyecto fija reglas básicas en materia de experimentación y genética, regula de manera genérica cuestiones vinculadas a procedimientos de fertilización asistida, etc.

(30) Sobre el concepto y alcances de este Programa, puede consultarse <http://www.sssalud.gov.ar/index/index.php?cat=beneficiarios&opc=pmoprincipal>

(31) BATISTE, Xavier et col., “Innovaciones conceptuales e iniciativas de mejora en la atención”, cit. nota 14.

(32) Conf. L26529/09, art. 5. Inc. h), texto según L. 26.742/12 y art. 59 inc. h) del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente... luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a...h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”.

(33) GHERARDI, Carlos, “Vida y Muerte en Terapia Intensiva”, Buenos Aires, Ed. Biblos, año 2007, p. 152

en su art. II (34), al considerar inexistentes las directivas anticipadas que importen desarrollar prácticas “eutanásicas”.

Esta definición, ampliamente aceptada en la medicina, en especial en especialidades críticas, permite despejar cualquier duda sobre los alcances de la definición de la eutanasia, excluyéndose varias hipótesis, algunas mal denominadas formas pasivas, que se vinculan con la promoción de la dignidad en los finales de vida, sobre todo aquellas que tienen que ver con la abstención o retiro del soporte vital.

A pesar de ello, determinado sector de la doctrina nacional promueve otra aproximación a la eutanasia, definiéndola como “una acción o una omisión que por su naturaleza o en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” (35).

La insistencia inapropiada de incluir formas pasivas cierra la oportunidad de incluir prácticas que nada tienen que ver con intenciones de abreviar el curso vital, sino con asegurar una muerte digna, esto es: el control y el alivio del dolor y del sufrimiento, el acompañamiento afectivo y espiritual, el respeto por la autonomía y la adecuación del esfuerzo terapéutico a las necesidades de cada persona.

La Corte en el emblemático caso “D., M. A. s/ declaración de incapacidad” (36) ha expresado con claridad que no se trata de la promoción de prácticas eutanásicas, sino del respeto a la autonomía personal y al sentido de dignidad que cada persona elige en los finales de la vida.

A pesar de su claridad y contundencia, el fallo generó controversias entre aquellos que pretenden ampliar los alcances de la eutanasia. Se dijo: “...al respecto, nos permitimos discrepar con el Alto Tribunal. Consideramos que el cese de la alimentación y la hidratación de suyo se realiza como acción ordenada a provocar la muerte. No configura un supuesto de renuncia al encarnizamiento terapéutico, sino una omisión que provoca la muerte y por tanto afecta el derecho a la vida. Hay que tener en cuenta que la alimentación y la hidratación son cuidados ordinarios y proporcionados, debidos a todo ser humano por el solo hecho de ser tal... existe una proporcionalidad en la provisión de cuidados fundamentales como son la hidratación y alimentación para el sustento biológico de la persona... de esta forma se ve evidenciada una contradicción con el art. II de la Ley 26.529, que prohíbe las prácticas eutanásicas. De allí que se afirme que el caso es una forma de eutanasia o muerte provocada por omisión.” (37).

Los equívocos e imprecisiones también estuvieron presentes en el fallo de primera instancia que rechazó el pedido de retiro del soporte vital de las hermanas de D., M. A. —según pensamos—, al expresarse: “... el no brindar

medicación antiinfecciosa impediría a su vez continuar con la hidratación/alimentación lo que provocaría el deceso aun cuando fuere indirectamente, irrumpiéndose así, franca y flagrantemente, en el campo eutanásico repudiado por nuestro ordenamiento...”.

La doctrina y jurisprudencia nacional señalada navegan a contracorriente de una adecuada interpretación de la normativa aplicable, incluso parecen ignorar el reconocimiento en el derecho comparado del rechazo de tratamientos médicos, la aceptación de las directivas anticipadas y la regulación de la “muerte digna” (38), en donde se aceptan con claridad prácticas vinculadas a la adecuación del esfuerzo terapéutico y se prohíbe en cambio la “eutanasia activa”, aunque suavizándose su castigo penal, en ciertos países (39).

Así todo, se observa un creciente apoyo a la desincriminación de la eutanasia, como en el caso de España, donde se realizaron encuestas sobre esta materia, resultando que un 41,5% de las personas consultadas respondió que los enfermos deberían tener el derecho a recibir el suicidio médico asistido (como práctica cercana a la idea de eutanasia). Otra encuesta elevó el porcentaje de idénticas respuestas al 76%; mientras que más de la mitad de los médicos consultados por la Sociedad Española de Cuidados Paliativos apoyó una ley de despenalización de la eutanasia (40).

En el ámbito de Latinoamérica, a partir de 2014 y a través de la Sentencia T-970 de la Corte Constitucional de Colombia, el Ministerio de Salud reglamentó la eutanasia, constituyendo el primer y hasta hoy único antecedente de la región que legalizó el procedimiento (41). La reglamentación colombiana establece que el procedimiento de eutanasia debe cumplir los siguientes requisitos:

* El enfermo terminal, quien debe ser mayor de edad, debe expresar su voluntad de practicarse este procedimiento a su médico tratante.

* El médico debe presentarle al enfermo todas las opciones y alternativas terapéuticas a las que puede someterse para tratar su enfermedad.

* La persona, luego de escuchar dichas opciones, debe nuevamente reiterar su voluntad de practicarse dicho procedimiento.

* El médico tratante le entregará la información a un comité integrado por un médico especialista, un abogado y un psiquiatra o psicólogo clínico que dictaminará sobre el cumplimiento de las condiciones en el plazo de diez días.

* Si el comité dice que se debe continuar con el procedimiento, nuevamente se le pregunta al paciente si está seguro, y si éste decide que sí quiere

aplicarlo, el hospital tiene un plazo de quince días para aplicar el protocolo médico determinado por el Ministerio.

La eutanasia en esos términos se encuentra claramente vedada en Argentina, pero la evolución de las prácticas mal denominadas “pasivas”, tuvieron distintas denominaciones. Al comienzo fue la abstención y/o retiro del soporte vital (42). Luego la “limitación del esfuerzo terapéutico”, terminología que recibió críticas razonables, ya que “limitación” desde lo simbólico podría generar la percepción equívoca del abandono del cuidado; por ello resulta preferible el concepto de “adecuación del esfuerzo terapéutico”, como resultado del encuentro participativo entre médicos y pacientes, anclado en la confianza y el mutuo respeto; ello no significa “dejar de hacer” o no “hacer nada”, sino realizar otro tipo de prácticas relacionadas con las necesidades reales de cada paciente.

La adecuación del esfuerzo terapéutico, además de ser sinónimo de buena práctica en los finales de la vida, es la materialización de un uso racional y equitativo de los recursos y está considerada como un estándar de calidad en los servicios de terapia intensiva (43). Uno de sus aspectos esenciales es su debida documentación y registro, ya que el desconocimiento por los pacientes de la posibilidad de optar —por ejemplo— por las órdenes de no reanimación puede generar medidas indeseables como el ingreso inapropiado a las unidades de terapia intensiva e implementación del soporte vital, con altos costos en términos de sufrimiento y de recursos (44).

El dictamen de la Procuradora General en el caso D., M. A. también echó luz sobre el sentido de la adecuación del esfuerzo terapéutico, en cuanto privilegió la noción de calidad de vida por encima de una frágil sobrevivencia a cualquier costo. Cabe destacar que las conclusiones fueron elogiadas por un sector de la bioética nacional que destacó la defensa de la muerte digna y la evitación del ensañamiento y de la fútil prolongación de la vida (45).

A su vez, este tipo de adecuación es consistente con la reconsideración de las metas de la medicina, entendidas para este caso como “el alivio del dolor y el sufrimiento causado por la enfermedad, la asistencia y curación de los enfermos, el cuidado de los que no pueden ser curados, la evitación de la muerte prematura y la procuración de una muerte en paz” (46).

V. Las directivas anticipadas: forma y contenido

V.1. Normas especiales

Las directivas anticipadas consisten en la declaración de voluntad de una persona recha-

zando la implementación de métodos que considera extraordinarios y desproporcionados que prolongan artificialmente la vida (47). Fueron consideradas actos unilaterales sobre las condiciones y circunstancias preferidas para un buen morir; (48) y desde otra lectura pueden considerarse expresiones propias de un consentimiento informado en sentido amplio, en la medida en que suponen decisiones por las que se aceptan o bien se rechazan determinados tratamientos médicos con antelación y con base en el conocimiento que el interesado debe tener previamente sobre los alcances de tales tratamientos.

En nuestro país, aun con anterioridad a la vigencia de la Ley de Derechos del Paciente que las incorpora expresamente, estas declaraciones tenían pleno efecto legal (49), más allá de su escasa utilización. Es que ciertas interpretaciones basadas en el temor infundado en el “síndrome judicial” (50) y el ejercicio de la medicina defensiva, provocaron limitaciones para el acceso efectivo al derecho a formular directivas anticipadas, promoviendo la consecuente judicialización (51).

El panorama descrito y la repercusión mediática de la acción de familias que reclamaban el retiro de soporte vital en sus parientes promovió la rápida sanción de la denominada “Ley de Derechos del Paciente” (L 26.529/09) y una posterior modificación, mal llamada “Ley de Muerte Digna”, (26.742/12).

En la ley se reconoció el derecho a “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Pueden así ser objeto de rechazo: procedimientos quirúrgicos, soportes vitales, incluyéndose la alimentación o hidratación artificiales cuando su único objetivo sea la prolongación de la agonía. Se aclara además que debe respetarse la negativa, salvo aquellos supuestos que trasunten prácticas eutanásicas. Con la reforma introducida por la ley 26742/12 se agregó un párrafo al art. II de la Ley de Derechos del Paciente, del siguiente tenor: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgado de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”, precisándose los alcances de esta formalidad en la reglamentación (52). Y según pensamos, esta disposición desconoce la realidad asistencial y hospitalaria; es francamente desproporcionada y de dudosa constitucionalidad.

Al respecto, se ha interpretado que sin perjuicio del valor y utilidad que podrá tener

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(34) Ley 26529/09, en su versión original y también en texto actualizado conf. L. 26.742/12.

(35) GONEM MACHELLO, Graciela N., “Algunas consideraciones sobre bioética y bioderecho y las directivas anticipadas para tratamientos médicos”, 12-jun-2014, MJ-DOC-6749-AR.

(36) D. 376. XLIX. REX, 7/7/15.

(37) LAFFERRIERE, Jorge N. - VIAR, Ludmila A., “La Corte Suprema y la cuestión del retiro de la alimentación y la hidratación. Comentario al fallo ‘D. M. A.’”, 14-jul-2015, MJ-DOC-7320-AR.

(38) Sobre el particular resulta de interés consultar la Ley General de Sanidad 14/1986 y la Ley 41/2002, de España y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos del 4/4/77, cit., entre variadas normas.

(39) Ver DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel - BARBER BURUSCO, Soledad “El problema de la eutanasia y la participación en el suicidio: el caso español. Una aproximación”, ps. 73/110 y NIÑO, Luis, “Eutanasia, muerte asistida y retiro de soporte vital. Tratamiento del tema en el derecho comparado y en el ordenamiento jurídico argentino”, ps. 155/185, ambos trabajos publicados en *Derecho Penal*, año 1, número 2, Infojus, 2012, cit. disponible al 16-8-15 en <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacfi20125-nino>

eutanasia_muerte_asistida_retiro.htm

(40) BARBERO GUTIÉRREZ J. - BAYÉS SOPENA, R. - GÓMEZ SANCHO, M. - TORRUBIA ATIENZA, P., “Sufrimiento al final de la vida”, *MediPal*, Madrid, 2007; 14 (2):93-9.

(41) <http://www.elspectador.com/noticias/salud/minsalud-explica-detalle-se-aplicara-eutanasia-colombia-articulo-556037>, disponible al 16-8-15.

(42) “Pautas y Recomendaciones para la abstención y retiro del soporte vital en el paciente crítico”. Documento del Comité de Bioética de la SATI, disponible al 16-8-15 en http://www.sati.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=59&Itemid=146

(43) Sobre este tema, ver por ejemplo el extenso tratamiento dado al tema en la LI/2015, sobre “Derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida”, de la Comunidad Autónoma de Canarias, del 4/3/15, disponible al 23/8/15 en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/04/pdfs/BOE-A-2015-2295.pdf>.

(44) R. POYO - GUERRERO - A. CRUZ - M. LAGUNA - J. MATA y el resto de los componentes del Comité de Ética del Hospital Son Llatzer de Palma de Mallorca (España). “Experiencia preliminar en la introducción de la limitación de terapias de soporte vital en la historia clínica electrónica”, *Med Intensiva*, 2012;36 (1):32-36.

(45) MAINETTI, José L., “Comentario al dictamen de la Procuración General de la Nación sobre el caso ‘D., M. A.’ sobre muerte digna”, 14-abr-2014, MJ-DOC-6671-AR.

(46) “The Goals of Medicine”, *Hastings Center Report* 1996; 26 (6) ps. 19-26.

(47) Se ha indicado un proceso progresivo desde la consideración inicial de métodos extraordinarios hasta la denominación de métodos desproporcionados, consignándose que esta última categoría describía con mayor precisión las circunstancias particulares de cada caso (cfe. NIÑO, L.F. op. cit). Otros autores, no descartan la utilidad de seguir utilizando ambas categorías (cfe. BLANCO, L.G. op. cit).

(48) NIÑO, L. F., “Eutanasia, morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales”, Buenos Aires, EUDEBA, 1994.

(49) BLANCO, L. G., “Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas”, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1997. CÚNEO, D. L., “Los testamentos de vida o *living will* y la voluntad de vivir dignamente”, *JA*, 1991-IV-666.

(50) El “Síndrome Clínico Judicial” fue descrito por primera vez en 1993 por el Profesor Elías Hurtado Hoyo y sus colaboradores de la Asociación Médica Argentina, quienes lo definieron como “todas las alteraciones que modifican el estado de salud de un individuo que se ve so-

metido a una situación procesal desde un inicio (citación, demanda), durante sus distintas etapas (conciliación, mediación, juicio, sentencia) y/o después de haber concluido. Engloba a todas las alteraciones físicas, psíquicas y morales que se pueden producir”, conf. <http://www.noble-arp.com/htdocs/index.php?news=1¬icia=424>, disponible al 24/8/15.

(51) *Derechos personalísimos. Derecho a la calidad de vida. Enfermedad irreversible. Directivas anticipadas. Amparo. 25/07/2005. Juzgado en lo Criminal y Correccional de Transición n. 1 de Mar del Plata, LexisNexis, Newsletter Extraordinario 25-08-05.*

(52) Conf. dec. 1089/12: “Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de un (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de dos (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo. Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas,

● VIENE DE PÁGINA 3

la exigencia formal citada en muchos casos, ésta sólo tiene carácter *ad probationem*, pudiendo también formalizarse las directivas anticipadas por otros medios, en cuanto sean respetuosos de la voluntad del enfermo y supongan a la administración previa de información adecuada (53). Por otra parte, la norma admitió la designación de un interlocutor para que, llegado el momento, procurara el cumplimiento de las instrucciones del paciente; la obligación de los profesionales y de la institución de respetar la manifestación de voluntad autónoma del enfermo; la previa consulta a un comité de ética cuando las directivas implicaren el desarrollo de prácticas eutanasias; y su invalidez, cuando hubieren sido otorgadas por personas menores o incapaces (54).

V.2. *Las directivas anticipadas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos esenciales*

El Código unificado contiene una disposición específica referida al concepto de directivas anticipadas. Dispone que: “...*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasias se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento*” (art. 60).

En general, cabe formular a su respecto iguales consideraciones a las formuladas con relación a las previsiones especiales ya vigentes en nuestro país (Ley 26529/09, texto conf. ley 26.742/12). Pero se observan algunas diferencias, que merecen una interpretación renovada.

En este sentido, el legislador ha confirmado la exigencia de un requisito claro y distinto al que constituye un principio general para decisiones sobre salud. Aquí se requiere “plena capacidad” y ello exige ser mayor de edad, en un todo de acuerdo con lo previsto por la Ley de Derechos del Paciente (55).

Algunos valiosos trabajos sobre el tema expresan que no se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes de la posibilidad de dejar establecido este tipo de previsiones, que se vinculan con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con

su derecho a morir con dignidad, destacando que a menudo se observa que los jóvenes que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente. Se propone incluso que las normas que requieren mayoría de edad para el otorgamiento de directivas anticipadas se interpreten en el sentido de que no queda excluida la posibilidad de su otorgamiento por niños según su grado de madurez (56).

Además, si bien en la reglamentación al art. 11 de la Ley de Derechos del Paciente (dec. regl. 1089/12), ya se expresa que “*El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones*”, la letra del nuevo Código luce más amplia o al menos más explícita al disponer que el interesado puede “...*conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad*...”.

Se consagra así la figura del mandato sanitario, que supone una encomienda por la que el tercero-representante se obliga a prestar su consentimiento informado en nombre y por cuenta del otorgante de la directiva, pudiendo o no aceptar el mandato conferido (57). A su vez, el mandatario, como persona de confianza del otorgante de la directiva anticipada, será quien mejor conozca la jerarquía de valores y las opciones de vida del interesado, y quien mejor exprese la voluntad del otorgante cuando éste no estuviere en condiciones de hacerla saber (58).

Se observa, además, que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha priorizado la voluntad del paciente y que permite la aplicación de un orden flexible para la determinación de quiénes podrán ser representantes (art. 60), a diferencia de la Ley de Derechos del Paciente, que al incorporar las reglas sobre Muerte Digna, optó por un catálogo rígido de representantes (59).

Finalmente, la exigencia de instrumentar las directivas anticipadas “...*ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos*...” (conf. art. 11, ley 26.529, texto 2012), desaparece del nuevo Código (art. 60). Según nuestro criterio, ello supone el reconocimiento de la innecesidad de exigir formalidades especiales como regla, dada la naturaleza de los actos comprometidos. En este punto, es preciso reafirmar la importancia de reconocer plena validez a los procesos de implementación de las directivas anticipadas que puedan implementar las instituciones médicas, siempre que sean cuidados, concienzudos y sistematizados, garantizándose la información adecuada y la libre

expresión de voluntad de los interesados. Es que, por regla, dichos procesos no deben ser interferidos mediante la acción de profesionales del derecho, implicando un costo simbólico y/o económico que pueda afectar la voluntad del paciente.

VI. Sobre el contenido de las directivas anticipadas. Develando la dignidad. Hidratación y alimentación artificial

El eje del debate sobre el contenido de las directivas anticipadas está dado por la aceptación o negación de la posibilidad de incluir en el rechazo de tratamiento a la hidratación y alimentación artificial. A pesar de la expresa recepción de la posibilidad de su rechazo en la normativa nacional aplicable a la materia (60), cierta legislación provincial (61) y un sector de la doctrina se oponen a su efectiva implementación (62).

Estas apreciaciones parecerían estar influenciadas por el pensamiento y doctrina de la Iglesia Católica, pero a partir de una interpretación equívoca de esas ideas. Pensamos que ello es así, ya que la consideración sobre el carácter ordinario y extraordinario de la hidratación y la alimentación artificial debe realizarse de modo contextual, en cada caso en particular y no *a priori*, ya que cualquier procedimiento o elemento carece de atributos morales; en consecuencia la reflexión ética o evaluación jurídica debe realizarse sobre las acciones en cada caso particular.

Sobre este aspecto ha sido esclarecedor el parecer de la Corte en caso de *M., D. A.* al contextualizar las circunstancias de dichas medidas: éstas no eran administradas al paciente por un ser querido suyo, en su hogar, sino en un establecimiento hospitalario, exigiendo la apertura permanente de su intestino delgado para percibir, a través de una sonda, los nutrientes que prolongaban su vida.

Por otra parte, es la misma Iglesia Católica, a través del Papa Emérito Benedicto XVI, que ha precisado que la evaluación debe realizarse frente a cada situación concreta: “*Mas en concreto, se trata de asegurar a toda persona que lo necesite el apoyo necesario por medio de terapias e intervenciones médicas adecuadas, administradas según los criterios de la proporcionalidad médica, siempre teniendo en cuenta el deber moral de suministrar (por parte del médico) y de acoger (por parte del paciente) aquellos medios de preservación de la vida que, en la situación concreta, resulten ‘ordinarios’*” (63). También ha sido esclarecedor el testimonio de Juan Pablo II en su discurso en la Conferencia Internacional sobre los Cuidados Paliativos: “*El rechazo del*

enseñamiento terapéutico no es un rechazo del paciente y de su vida. En efecto, el objeto de la deliberación sobre la conveniencia de iniciar o continuar una práctica terapéutica no es el valor de la vida del paciente, sino el valor de la intervención médica en el paciente [...] La decisión de no emprender o interrumpir una terapia será éticamente correcta cuando ésta resulte ineficaz o claramente desproporcionada para sostener la vida o recuperar la salud. Por tanto, el rechazo del enseñamiento terapéutico es expresión del respeto que en todo momento se debe al paciente” (64).

Además no debe olvidarse que a través del apartado 2278 del *Catecismo de la Iglesia Católica* se establece con claridad que “*La interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados puede ser legítima. Interrumpir estos tratamientos es rechazar el ‘encarnizamiento terapéutico’. Con esto no se pretende provocar la muerte; se acepta no poder impedirla...*” (65).

En términos de relación de causalidad adecuada, el retiro de la hidratación y la alimentación artificial no provoca la muerte, ya que no se trata de “dejar o hacer morir”, se trata de “permitir morir”. El soporte vital está encaminado a prolongar la agonía, en consecuencia su retiro lo que permite es evitar ese presupuesto distanásico. También aquí aplica un claro precepto cristiano: “*La Iglesia enseña que Dios es Quien determina el momento de la muerte de toda persona, y que por lo tanto es tan ilícito el intentar extender dicho momento como abreviarlo*” (66).

En sentido similar se han expresado referentes de otras religiones de presencia tradicional en nuestra comunidad (67), que si bien atribuyen al concepto de Dios, tanto la gracia de la vida como la concesión del último suspiro, manifiestan que “...*tampoco el Judaísmo está de acuerdo con el encarnizamiento terapéutico, sostener a toda costa, artificialmente, una vida que se está apagando*” (68); agregándose desde la Iglesia Evangélica Metodista que “*Debemos aceptar la muerte porque no somos eternos...la vida es una bendición de Dios y que no debemos ejercer violencia sobre ella, pero tampoco evadirla porque es parte de nuestra condición*” (69); y desde el Islam, que “*la vida pertenece a Dios y, por lo tanto, rechaza, toda muerte provocada*”, pero que también acepta que no se puede mantener “*a toda costa y con procedimientos invasivos una vida que irreversiblemente está terminando, prolongando en demasía el sufrimiento de una persona*” (70).

Al retomar el análisis secular desde el derecho, conviene tener presente una de las aproximaciones más serias y mejor estudiadas en la doctrina nacional (71) que ha resignificado un método para determinar lo éticamente

{ NOTAS }

y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad... Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente”.

(53) HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M. “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”, Ad Hoc. Bs. As., 2ª. ed. ampliada y actualizada, 2003, ps.180/182.

(54) Reglamentación al art.11, por dec. 1089/12.

(55) Ley 26.529, BO 20/11/09, con la reforma introducida por la “Ley de Muerte Digna” 26.742, B.O. 24/5/2012, art.11 y dec. regl. 1089/12.

(56) CAMELO, Gustavo, “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, Infojus, *Derecho Privado* No. 1, Bioderecho, http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=revistas, p.73; CIRUZZI, María Susana, “Las directivas médicas anticipadas”, ponencia presentada en la Comisión No. 8, “El paciente como consumidor. Medicina prepaga y obras sociales”, del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores”, Bs. As., 23 al 25/9/10. La propuesta de interpretación ampliada corresponde a Gustavo Camelo, con relación al art. 11 de la ley 26.529, que también

requiere de mayoría de edad para el otorgamiento de este tipo de directivas.

(57) En italiano, “procura sanitaria”, en inglés “durable powers of attorney”, “designation of patient advocate for health care” y “designation of health care surrogate”, entre otras denominaciones, ver KEMELMAJER de CARLUCCI, “Las voluntades anticipadas, una apertura a favor del reconocimiento de la autonomía de la voluntad para expresar decisiones bioéticas”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires, Bioética y Derechos Humanos*, coord. Salvador D. Bergel, Facultad de Derecho UBA, 2006, LexisNexis, Bs. As., 2007, p.259.

(58) “Documento sobre les voluntats anticipades. Documento sobre las voluntades anticipadas”, elaborado por el grupo de opinión del Observatori de Bioètica i dret, Científic de Barcelona, Parc A. Royes (coordinador), Barcelona, junio de 2001, Ed. Gráficas Signo, s.a., Barcelona, 2001, p.9.

(59) En este sentido, de acuerdo al art. 6 de la Ley 26529/09, texto según L26742/12: “En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido”, y de acuerdo a su art.10, sobre la revocabilidad del consentimiento: “Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido...”. Si bien estas disposiciones

se refieren al consentimiento informado, fueron incorporadas con la Ley de Muerte Digna, y se aplican también a las directivas anticipadas, que en definitiva suponen el consentimiento o rechazo anticipado de un tratamiento médico, y requiere de información previa que lo motive.

(60) Conf. L. 26.529, texto actualizado conf. L. 26.742/12, art.5º. inc. g) y art.59, inc. g) nuevo CCyCN.

(61) Ver por ej., L. 10.058/14 de Córdoba, donde la hidratación y la alimentación son “Medidas mínimas ordinarias”, conf. art. 5 inc. g), que deben ser provistas para asegurar la dignidad y la calidad de vida del enfermo, conf. art.4.

(62) GONEM MACHELLO, Graciela N., “Algunas consideraciones sobre bioética y bioderecho y las directivas anticipadas para tratamientos médicos”, 12-jun-2014, MJ-DOC-6749-AR, afirman que “Las disposiciones mencionadas no permiten una muerte digna ya que no se debe dejar morir a ninguna persona por falta de hidratación y alimentación, aunque se encuentre en estado terminal e irreversible. Se configurarán, a mi parecer, supuestos de eutanasia pasiva, por omisión, negativa. Defiendo la opinión que afirma que existe obligación de proveer siempre y no suspender la hidratación y la alimentación, ya que constituyen medios ordinarios de cuidado, no se encuadran en el rechazo del encarnizamiento terapéutico. El criterio ético general indica que suministrar agua y alimento, incluso por vías artificiales, constituye siempre un medio natural de conservación de la vida y no un tratamiento terapéuti-

co, hay que considerarlo un medio ordinario y proporcionado, aun cuando el “estado vegetativo” se prologue.

(63) <http://www.zenit.org/es/articulos/benedicto-xvi-la-iglesia-y-la-sociedad-junto-a-los-enfermos-terminales>, disponible al 23/8/15.

(64) http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2004/november/documents/hf_jp-ii_spe_20041112_pchthwork.html, disponible al 23/8/15.

(65) http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a5_sp.html, disponible al 23/8/15.

(66) CLOWES, Brian, “The Facts of Life”, Front Royal, Virginia, EE.UU., *Human Life International*, 1997.

(67) “Coincidencias entre los referentes de las principales religiones del país”, disponible al 16/8/15 en http://www.clarin.com/sociedad/Coincidencias-referentes-principales-religiones-pais_0_697730262.html

(68) Conf. SKORKA, Abraham, rector del Seminario Rabínico Latinoamericano, en “Coincidencias...”, cit.

(69) RODRÍGUEZ, José David, rector del Instituto Superior de Estudios Evangélicos, en “Coincidencias...”, cit.

(70) Conf. FALCÓN, Nancy,, directora del Centro de Diálogo Intercultural de inspiración islámica, en “Coincidencias...”, cit.

(71) MAGNANTE, Dinah, “Tratamientos proporcionados y desproporcionados en el estado vegetativo persistente. Primera parte y Segunda parte.” 24-oct-2011 MJ-DOC-5572-AR; y 31-oct-2011. MJ-DOC-5573-AR, respectivamente.

adecuado en el uso de un medio de conservación de la vida. Allí se realiza una interesante distinción entre los términos proporcionados y desproporcionados, de un lado, y ordinarios-extraordinarios, de otro. En el primer caso, se requiere una evaluación objetiva del medio de conservación de la vida desde el punto de vista técnico-médico; para ello pueden ponderarse aspectos tales como: la disponibilidad concreta o la posibilidad plausible de hallar el medio, la actual posibilidad técnica de usarlo adecuadamente, las expectativas razonables de eficacia médica real, los eventuales efectos colaterales, los previsibles riesgos para la salud/vida del paciente eventualmente implicados en el uso del medio, la posibilidad actual de recurrir a alternativas terapéuticas de igual o mayor eficacia y la cuantificación de los recursos sanitarios (técnicos, económicos, etc.) necesarios para el empleo del medio. En ese trabajo se establece que: “Un medio es proporcionado hasta el momento en que se demuestra fácticamente capaz de alcanzar la finalidad que le es propia, sin causar daños o riesgos excesivos para la salud del paciente”.

Distinto es el caso en la caracterización de lo ordinario o extraordinario, ya que aquí la ponderación es de naturaleza subjetiva y, en consecuencia, quien la realiza es el propio paciente. El rasgo principal para esta categoría estaría dado por cierta imposibilidad física o moral para el empleo del medio que constituye un agravio excesivo para ese paciente.

{ NOTAS }

(72) BRUERA, E. et. col., “Parenteral Hydration in Patients With Advanced Cancer: A Multicenter, Double-Blind, Placebo-Controlled Randomized Trial”, *Journal Clin. Oncol.* vol. 31, No. 1, January 1, 2013.
 (73) TUCA, Rodríguez E. et. col., “Caquexia en Cáncer”, *Medicina Clínica*, vol. 135, Núm 12. Octubre 2010. Disponi-

En cuanto al modo de actuar en el empleo de medios de conservación de la vida, puede entonces afirmarse que será obligatoria su administración cuando se trate de medios proporcionados y ordinarios al mismo tiempo; mientras que ésta será facultativa, cuando se trate de medios proporcionados y extraordinarios; finalmente será moralmente ilícito su uso en el caso de medios desproporcionados, tanto sean ordinarios, como extraordinarios. A su vez, para una debida caracterización de la hidratación y la alimentación artificial, se debería tener presente que se trata de procedimientos médicos complejos e invasivos, con indicaciones y contraindicaciones; en donde cualquier análisis debe evaluar adecuadamente el objetivo perseguido con su implementación.

Asimismo, debe considerarse el estado actual de la ciencia y la evidencia disponible, pues existen indicios en que la utilización de hidratación y alimentación artificial no mejora síntomas como la fatiga y las alucinaciones. Se ha afirmado que los pacientes tratados no perciben beneficio contra los que no lo reciben (72); que en pacientes con caquexia en la etapa final de sus vidas, la nutrición parenteral no aporta beneficio alguno (73). Y en pacientes terminales, la sed no se correlaciona con la hidratación, siendo su administración artificial una indicación relativa, mientras que otras medidas simples como el cuidado de la boca y humidificación de mucosas han demostrado

ser efectivas (74). Otras revisiones han establecido la falta de evidencia para establecer el beneficio de esos medios en pacientes con demencia avanzada (75).

Luego de evaluar la información disponible deben ponderarse adecuadamente los aspectos clínicos, pues no es lo mismo un paciente en estado crítico, reversible, que un paciente en estado terminal o irreversible. En estos últimos casos existe evidencia científica sobre la futilidad de la hidratación y alimentación artificiales, pero será decisiva la consideración del propio paciente sobre la adecuación del esfuerzo terapéutico. Y cabe destacar que en la normativa vigente (76) se establece la necesidad y utilidad de recurrir a los comités de ética hospitalarios, cuando persistan dilemas de este tipo.

VII. Conclusión. La promoción de la dignidad en los finales de la vida

En un contexto de avance franco de la ciencia y de la tecnología aplicadas a la medicina, de ampliación del derecho a la salud en las normas fundamentales; y luego de años de reflexión jurídica y bioética sobre la licitud de las prácticas asociadas al buen morir, persisten ciertas controversias referidas a los alcances de tales prácticas.

El derecho que se pone en juego a través de las decisiones que involucran la muerte

digna es el de disponer del propio cuerpo; es un derecho a permitir morir en paz. No consiste ni en dejar ni en hacer morir; y para ello, deben respetarse la distintas cosmovisiones sobre la noción de calidad de vida.

Y pensamos que deben evitarse tanto la medicalización, como la judicialización de los procesos del morir y de la muerte; para que las decisiones en los finales de la vida sean sólo consistentes con las creencias y valores de los sujetos involucrados directamente, no agravando innecesariamente su sufrimiento ni el costo social, sin interferencias y con plena promoción de la autonomía y dignidad personales. ●

Cita on line: AR/DOC/2985/2015

! MAS INFORMACIÓN

Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Muerte digna: una sentencia ejemplar”, DPyC 2015 (septiembre), 3.
 Lafferriere, Jorge Nicolás - Zabaleta, Daniela B., “Decisiones sobre el fin de la vida en una sentencia de la Corte Suprema”, LA LEY 15/07/2015, 5.
 Sambrizzi, Eduardo A., “La supresión de la alimentación e hidratación constituye un acto de eutanasia”, LA LEY 15/07/2015, 5.
 Gil Domínguez, Andrés, “Reafirmación de la autonomía de la persona y la vida digna”, LA LEY, 2015-D, 112.

ble el 19-8-15 en <http://www.elsevier.es/es-revista-medicina-clinica-2-articulo-caquexia-cancer-13155937>.
 (74) Ver PALMA, Alejandra - TABEADA, P. - NERVI, Flavio, “Medicina paliativa y cuidados continuos”, Edic. Universidad Católica de Chile, 2010, disponible al 23/8/15 en [http://cuidadospaliativos.org/uploads/2011/11/MEDICI-](http://cuidadospaliativos.org/uploads/2011/11/MEDICI-NA%20PALIATIVA%20baja.pdf)

<http://www.update.com>. (Traducida de The Cochrane Library, 2009, Issue 2, Art. no. CD007209. Chichester, UK: John Wiley & Sons, Ltd.).
 (76) Reglamentación a la ley de Derechos del Paciente, L. 26529/09, conf. D1089/12, art. 11.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Consumidores

Interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Crédito hipotecario. Facultades de los jueces. Cláusulas abusivas en relación con los intereses. Cuestión prejudicial.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en una cuestión prejudicial sobre la interpretación que debe darse a la Directiva 93/13/CEE en relación con las facultades de los jueces españoles frente a cláusulas abusivas en materia de intereses en los contratos hipotecarios.

- 1.- Atento al interés público que constituye la protección de los consumidores, los que se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13/CEE impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
- 2.- Cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato hipotecario referida a intereses de demora, calculados a partir de un tipo inferior al previsto por una ley local —Ley española 1/2013—, el magistrado puede apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del art.3 de la Directiva 93/13/CEE, pues el

- ámbito de aplicación de la disposición local comprende cualquier contrato de hipoteca, y la Directiva mencionada únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor.
- 3.- El art. 6, ap. 1, de la Directiva 93/13 /CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición local —en el caso, la ley 1/2013 de España— que dispone que el juez nacional que conoce en un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora superiores a tres veces el interés legal con el fin de que

el importe de esos emolumentos no rebase ese límite; la aplicación de la disposición nacional no debe prejuzgar la apreciación por parte de ese juez del carácter abusivo de la cláusula ni impedir que aquél deje de aplicarla en caso de que aprecie que es “abusiva” en el sentido del art. 3, apartado 1, de norma.

118.730 — TJusticia Unión Europea, sala I, 21/01/2015. - Asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13 c.

Cita on line: EU/JUR/4/2015

[El fallo in extenso puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

NOTA A FALLO

El Tribunal de Justicia Europeo y las cláusulas abusivas en contratos de consumo

SUMARIO: I. Introito. — II. El precedente del Tribunal de Justicia Europeo que motivara nuestro anterior comentario. La visión sistémica. — III. El segundo paso. El caso “Aziz”. — IV. La continuación de la zaga. El nuevo precedente del Tribunal de Justicia Europeo (TJE). — V. Corolario.

Federico M. Álvarez Larrondo

I. Introito

A partir de la crisis que vive el Reino de España desde comienzos de esta década del 10’, el Derecho (tal como sucediera en nuestro país al inicio de este siglo), ha tenido que brindar las

respuestas que la economía de libre mercado niega cuando las crisis estallan.
 Y en ese marco, cobra especial vigencia la temática vinculada a las cláusulas abusivas, que se invocan precisamente cuando el débil es

más débil que nunca, esto es, cuando de sujeto de crédito se lo convierte, con toda la fuerza discursiva que el término conlleva, en deudor. Ya nos hemos referido, recientemente, al rol del Tribunal de Justicia Europea en la materia y los claros principios establecidos en pos de la tutela del consumidor desde una visión sistémica, al tiempo de comentar un precedente del

Máximo Tribunal español y su cita a un fallo fundamental del propio Tribunal de Justicia Europeo (1).

Nos resulta por consiguiente a esta altura, y con la excusa de este nuevo y una vez más genial precedente, trazar un recorrido de estos claros criterios que el Tribunal de Justicia Europeo (TJE), ha establecido, dado que en

VIENE DE PÁGINA 5

tiempos donde respetada doctrina nacional cuestiona la existencia de los “pagarés de consumo”, intentando aferrarse a las viejas odres violatorias del art. 42 de la Constitución Nacional, es el Derecho Comparado el que pone blanco sobre negro, resultando por consiguiente el mismo esencial para, desde su “discurso de autoridad”, colaborar en la correcta interpretación del nuevo cuerpo codificado, a fin de alcanzar el objetivo fundante del mismo, esto es, construir una verdadera ética de los vulnerables.

II. El precedente del Tribunal de Justicia Europeo que motivara nuestro anterior comentario. La visión sistémica

En el caso hoy sujeto a comentario, el Magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nro. 2 de Marchena, Sevilla, acumuló distintos expedientes iniciados por acreedores hipotecarios contra tomadores de los mismos y solicitó al Tribunal de Justicia Europea una decisión prejudicial.

La misma requería una definición sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, referida a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la cual establece:

“Artículo 6

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

El tema no es menor y por ello resulta fundamental recordar el precedente del Tribunal de Justicia Europeo que motivara nuestro anterior comentario junto con el fallo del Superior Tribunal de Justicia español, dado que allí precisó los contornos del citado artículo, en particular, los efectos que conlleva consigo la declaración de abusividad de la cláusula, sosteniendo:

“(…) 62. En lo que atañe al tenor literal del citado artículo 6, apartado 1, procede hacer constar, por un lado, que el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas ‘no vincularán al consumidor’.

”63. En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada

disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales *deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor* (véanse la sentencia ‘Asturcom Telecomunicaciones’, antes citada, apartado 58; el auto del 16 de noviembre de 2010, ‘Pohotovost’, C 76/10, Rec. p. I-11557, apartado 62, y la sentencia ‘Perenicová’ y ‘Perenic’, antes citada, apartado 30). En efecto, tal y como se ha recordado en el apartado 40 de la presente sentencia, *se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas* (2).

”64. Por otro lado, procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes ‘en los mismos términos’, si éste puede subsistir ‘sin las cláusulas abusivas’.

”65. Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a *dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva*, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, *sin estar facultados para modificar el contenido de la misma*. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, *sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas*, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

”66. Esta interpretación viene confirmada, además, *por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13*.

”67. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, ‘Mostaza Claro’, apartado 37; ‘Pannon GSM’, apartado 26, y ‘Asturcom Telecomunicaciones’, apartado 51).

”68. Así pues, *habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores —los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales—, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13* (3), en relación con su vigésimo cuarto considerando, *dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces ‘para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores’.*

”69. Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, *si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas*

que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, *la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores* (véase, en este sentido, el auto ‘Pohotovost’, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), *en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario*, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

”70. Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, *ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas*.

“(…) 71. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor*.

”72. A este respecto, incumbe al tribunal remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia del 24 de enero de 2012, ‘Domínguez’, C 282/10, apartado 27 y jurisprudencia citada).

”73. *A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.*

El precedente citado es por demás definitorio de los nuevos tiempos. Los jueces están obligados por el marco contractual masivo y por las pautas del Código Civil y Comercial, a tener miradas sistémicas, que yendo más allá del caso concreto, meriten el impacto colectivo de sus decisiones. En el caso resuelto en el precedente transcripto, el Tribunal dejó en claro que una cláusula abusiva no puede ser morigerada, *so riesgo* de convertir al Juez en co-partícipe del desbaratamiento del objetivo fin perseguido por la Directiva prohibitiva de las cláusulas abusivas en contratos de consumo, cual es su eliminación, al incentivar al proveedor violador del régimen a la inclusión

de las mismas en sus contratos de consumo, atento que ganará en exceso con el abuso predispuesto en los casos que no lleguen a la Justicia, y obtendrá la suma morigerada cuando se encuentre sujeto a proceso. Es decir, siempre ganará violando la ley. Así, la ecuación de violar la Directiva siempre resultará beneficiosa y el Magistrado, con el afán de hacer justicia en el caso concreto, culminará fomentando dicha violación sistémica.

Esto es lo que debemos tener en claro, a los fines de desbaratar el negocio de dañar, al cual debe acompañar como férreo carcelero, el instituto de los daños punitivos, en una conexión inescindible y necesaria.

III. El segundo paso. El caso “Aziz”

El 14 de marzo de 2013, el mismo Tribunal de Justicia cuyo fallo motiva nuestro comentario, dictó resolución en los autos “Mohamed Aziz c. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)” (4).

En el citado precedente, un Juez Mercantil de Barcelona solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resolviera si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados, establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, conllevaba una limitación clara de la tutela del consumidor.

Ello atento que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la versión vigente en el momento de la apertura del procedimiento en el litigio principal, regulaba en el artículo 695 lo siguiente:

“1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

1ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o, en su caso, de la prenda sin desplazamiento, o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2ª Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. [...]

3ª [...], la sujeción de [...] a otra prenda [o] hipoteca [inscritas] con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral [...].

”2. Formulada la oposición a la que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar cuatro días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día. [...]”

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Cláusulas abusivas. Invalidez de la integración judicial del contrato de consumo conforme la jurisprudencia europea”, LALEY, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, N°5, octubre 2014.

(2) Ver en este sentido, los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Allí, la Comisión Reformadora integrada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci, comenzaban diciendo “I) Aspectos valorativos. Algunos aspectos valorativos que caracterizan el Anteproyecto que

presentamos se pueden resumir en los siguientes principios: Constitucionalización del derecho privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: La protección de la persona humana a través de los derechos

fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, *de los consumidores*, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Código de la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. *El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”.*

(3) La citada norma establece: “Artículo 7. 1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

(4) TJE., sala I - 2013-03-14, “Mohamed Aziz c. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)”, LALEY, 2013-D, 94, con comentario de HERNÁNDEZ, Carlos A., “Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo”.

“El artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone:

“1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo. [...].

2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso [del] juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este capítulo, deba entregarse al acreedor.

“El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

“3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzarán la retención.”

“16 El artículo 131 de la Ley Hipotecaria vigente en el momento de los hechos del litigio principal (en lo sucesivo, ‘Ley Hipotecaria’), cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1946 (BOE nº 58, de 27 de febrero de 1946, p. 1518), establece lo siguiente:

“Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución [quedarán] canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se haya cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto.

“17 Con arreglo al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria:

[...] Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

“Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Allí, el Tribunal declaró que la normativa era contraria a la Directiva 93/13 del Consejo y dio una interpretación clara de su art. 3.

En tal sentido sostuvo que: “El concepto de ‘desequilibrio importante en detrimento del consumidor’, contenido en el art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 del Consejo de la Unión Europea, debe apreciarse mediante un análisis

de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente”.

Es que “A fin de determinar si se causa un ‘desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe’, en los términos del art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 del Consejo de la Unión Europea, debe comprobarse si se ha tratado de manera leal y equitativa al consumidor, pudiendo estimarse razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.

Ahora bien, en el caso sometido a resolución, el Sr. Aziz, nacional marroquí que trabajaba en España desde el mes de diciembre de 1993, suscribió el 19 de julio de 2007 con Catalunya-caixa, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El inmueble que constituía dicha garantía era la vivienda familiar del Sr. Aziz, de la que era propietario desde 2003. El capital prestado por Catalunya-caixa era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 años, en 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007.

El contrato de préstamo establecía en su cláusula 6 unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación.

En tanto, la cláusula 6 bis de dicho contrato, confería a Catalunya-caixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo.

Por último, la cláusula 15 del contrato, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunya-caixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también, que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

El Sr. Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008, en el inicio de la debacle económica producida por las hipotecas “subprime”. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunya-caixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora.

El 11 de marzo de 2009, la entidad financiera inició ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas.

Como sucede en nuestras latitudes (5), el Sr. Aziz no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al Sr. Aziz un requerimiento de pago, que éste no atendió y al que no formuló oposición.

En estas circunstancias, el 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta. En consecuencia, con arreglo a

lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juzgado de Primera Instancia admitió que el bien se adjudicara en el 50 % de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, el Sr. Aziz fue expulsado de su vivienda.

No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011 el Sr. Aziz presentó demanda en un proceso declarativo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (en paralelo al ejecutivo), solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva.

En particular, señaló que si el acreedor opta por el procedimiento de ejecución hipotecaria, las posibilidades de alegar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo resultan muy limitadas, ya que quedan postergadas a un procedimiento declarativo (ordinario para nosotros) posterior, que no tiene efecto suspensivo. El órgano jurisdiccional remitente consideró que, por este motivo, resultaba muy complejo para un juez español garantizar una protección eficaz al consumidor en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria y en el correspondiente proceso declarativo.

Por otro lado, estimó que la solución del litigio principal planteaba otras cuestiones relacionadas, en particular, con la interpretación del concepto de “cláusulas que tengan por objeto o por efecto imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta”, contemplado en el número 1, letra e), del anexo de la Directiva, y el de “cláusulas que tengan por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor”, previsto en el número 1, letra q), de dicho anexo.

A su juicio, no estaba claro que las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en contratos de larga duración, a la fijación de intereses de demora y a la determinación unilateral por parte del prestamista de los mecanismos de liquidación de la totalidad de la deuda fueran compatibles con las disposiciones del anexo de la Directiva. Sobre la base de ello, decidió suspender el procedimiento y plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia Europeo.

La primera de ellas era:

“1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en los artículos 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previstos en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

“2. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

a) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo —en este caso 33 años— por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

b) La fijación de unos intereses de demora —en este caso superiores al 18 %— que no coinciden con los criterios de determinación

de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro, aun en los casos en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

c) La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables —tanto ordinarios como moratorios— realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria [y que] no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble”.

Una primera arista por demás interesante, se centraba en determinar si era posible en un procedimiento autónomo y declarativo como el que motivaba la intervención del Magistrado de Barcelona, expedirse sobre cuestiones que en verdad se estaban tratando en el proceso hipotecario.

El Tribunal de Justicia rechaza tal postura. Y para ello, afirma que: “...con arreglo al sistema procesal español, en el contexto del procedimiento de ejecución hipotecaria incoado por Catalunya-caixa contra el Sr. Aziz, éste no podía impugnar el carácter abusivo de una cláusula del contrato suscrito con esa entidad de crédito que dio lugar al inicio del procedimiento de ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, que conoce de la ejecución hipotecaria, pero sí podía hacerlo ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, que conoce del proceso declarativo.

“38. En estas circunstancias, tal como señala fundamentalmente la Comisión Europea, la primera cuestión planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona debe entenderse en un sentido amplio, es decir, destinada esencialmente a que, ante la limitación de los motivos de oposición admitidos en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, se aprecie la compatibilidad con la Directiva de las facultades reconocidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato controvertido en el litigio principal del que se deriva la deuda reclamada en dicho procedimiento de ejecución.

“39 Por lo tanto, y teniendo en cuenta que corresponde al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado (véanse las sentencias de 28 de noviembre de 2000, Roquette Frères, C-88/99, Rec. p. I-10465, apartado 18, y de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C-384/08, Rec. p. I-2055, apartado 19), procede señalar que no resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita en la primera cuestión prejudicial carezca de relación con la realidad o el objeto del litigio principal”.

Sentado ello, procede entonces a analizar la primer cuestión, mediante la cual “...el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el ca-

{ NOTAS }

(5) Ver sobre el particular, ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “El pagaré de consumo. Tras los muros, sor-dos ruidos”, Revista de Derecho Comercial, del Consumi-

dor y de la Empresa, Ed. La Ley, año V, Nº 2, abril 2014, p.275; DJ 7/05/2014

● VIENE DE PÁGINA 7

rácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, adopte medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final”.

Éste es el meollo que en nuestro país se supereó a partir precisamente de la crisis 2001/2002, por nuestra Judicatura consustanciada con las situaciones exasperantes que allí se dieron.

A partir de allí, el Tribunal establece una serie de premisas a saber:

a) *El consumidor se encuentra en clara situación de inferioridad frente al profesional:*

“44 Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 39).

“45 Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 40 y jurisprudencia citada).

b) *El Magistrado se encuentra obligado a declarar de oficio la abusividad de la cláusula*

“46 En este contexto, el Tribunal de Justicia ha subrayado ya, en varias ocasiones, que *el juez nacional deberá apreciar de oficio* el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho, necesarios para ello (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartados 31 y 32, y Banco Español de Crédito, apartados 42 y 43).

“47 De este modo, al pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra un requerimiento judicial de pago, el Tribunal de Justicia declaró que *el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva que figura en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula* (sentencia de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Rec. p. I-10847, apartado 56)”.

c) *Resultan inválidas las normas que impiden al Juez expedirse sobre la abusividad de una cláusula aun en procesos ejecutivos*

“48 El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que la Directiva se opone a una normativa de un Estado miembro que no permite

que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho, necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 57)”.

Estos son los principios. Así, en el caso sometido a decisión, se constataba que el sistema procesal español prohibía al juez que conoce de un proceso declarativo vinculado al procedimiento de ejecución hipotecaria adoptar medidas cautelares que garanticen la plena eficacia de su decisión final, no sólo cuando aprecie el carácter abusivo, con arreglo al artículo 6 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sino también cuando compruebe que esa cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo que le corresponde a él verificar (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 48).

“53 En lo que respecta al principio de efectividad, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición en el conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 49).

“57 Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.

“58 A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 54).

“59 Por consiguiente, *procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva* (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 77).

“(…) 61 Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda.

“62 Así pues, tal como ha puesto de relieve asimismo el juez remitente, basta con que los profesionales inicien, si concurren los requisitos, el procedimiento de ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 55).

“63 En estas circunstancias, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal *no se ajusta al principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos*”.

En consecuencia el Tribunal de Justicia Europeo concluye:

“64 A la luz de estas consideraciones, ha de responderse a la primera cuestión prejudicial que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

El segundo punto que trata el Máximo Tribunal comunitario, es ni más ni menos que la precisión de los elementos constitutivos del concepto de “cláusula abusiva”.

El Tribunal explica que: “...al referirse a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Rec. p. I-3403, apartado 19, y Pannon GSM, antes citada, apartado 37)”.

“68 Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un ‘desequilibrio importante’ entre los derechos y las obligaciones de las

partes que se derivan del contrato, *deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido*. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— *el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente*. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”.

Lo expuesto es de fundamental trascendencia, por cuanto establece las bases con las cuales comprender el concepto de “desnaturalización” del que nos habla nuestro artículo 37, inc. a) de la ley 24.240, y ahora el novel artículo 988, inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación.

“(…) 71 Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Freiburger Kommunalbauten, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost, C-76/10, Rec. p. I-11557, apartado 59).

“72 Estos criterios son los que debe considerar el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refiere la segunda cuestión planteada”.

Y así, brinda pautas respecto a:

1. *Cláusulas que imponen el vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del consumidor en un período limitado.*

El Tribunal sobre el punto explica:

“(…) 73 En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y *si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*”.

La conclusión es trascendental, por cuanto establece pautas que impiden el ejercicio abusivo de la rescisión o resolución. A modo de referencia, vale citar para nuestro país el texto del artículo 9 de la ley 26.682 de empresas de medicina prepaga, la cual faculta a la proveedora a disponer el cese del vínculo, sólo ante la falta de pago de tres cuotas consecutivas y previa intimación fehaciente de pago al consumidor, una vez vencido el plazo antes citado (6).

{ NOTAS }

(6) Ley 26.682, “Artículo 9º — Rescisión. Los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación. Los sujetos com-

prendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término

impago establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días.

Esta referencia en el ordenamiento local no es menor, por cuanto da una pauta clara de lo que se considera natural en nuestro país, sin perjuicio de que, como veremos al llegar al meollo del fallo en comentario, el Juez pueda aún considerar abusiva una pauta legal en el caso concreto.

2. Cláusula que fija los intereses por mora.

El Tribunal en este punto dispone que el Juez deberá comprobar y comparar las pautas legales y las pactadas a fin de analizar la existencia de abusividad. Así establece:

“74 En segundo lugar, en cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, procede recordar que, a la luz del número 1, letra e), del anexo de la Directiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la misma, el juez remitente deberá comprobar en particular, como señaló la Abogado General en los puntos 85 a 87 de sus conclusiones, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos”.

Sobre este punto volveremos más adelante, dado que es el fallo aquí en comentario, el que completa la trilogía y donde se desarrolla con más detalle este punto.

3. Cláusula que habilita a realizar la liquidación de la deuda impaga, de manera unilateral al acreedor.

“75 Por último, en lo que atañe a la cláusula relativa a la liquidación unilateral por el prestamista del importe de la deuda impagada, vinculada a la posibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, procede señalar que, teniendo en cuenta el número 1, letra q), del anexo de la Directiva y los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de ésta, *el juez remitente deberá determinar si —y, en su caso, en qué medida— la cláusula de que se trata supone una excepción a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que, a la vista de los medios procesales de que dispone, dificulta el acceso del consumidor a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa*”.

Basándose en todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia Europeo concluye y declara:

1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

2. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

—El concepto de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

—Para determinar si se causa el desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

IV. La continuación de la zaga. El nuevo precedente del Tribunal de Justicia Europeo (TJE)

Un nuevo escenario se presenta a posterior del caso “Aziz”.

Es que dicho precedente, generó la inmediata actuación del Parlamento español, que presto ante el claro resolutorio del TJE, procedió a efectuar distintas modificaciones legislativas. Con motivo de tal precedente, la legislación española en materia de protección de los consumidores fue modificada por la ley 1/2013, de 14 de mayo, con medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, conceder la reestructuración de las deudas y regular el alquiler social (BOE nº 116 de 15 de mayo de 2013, p. 36373). Esta ley modificó en particular determinadas disposiciones de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7 de 8 de enero de 2000, p. 575).

Así, el artículo 552, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión resultante de la modificación introducida por el artículo 7, punto 1, de la ley 1/2013, dispone lo siguiente:

“Cuando el tribunal apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes, conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª.”

Como se ve, esto es similar a lo que los jueces argentinos de manera pretoriana han hecho en materia de “pagarés de consumo”. Tal vez ahora que lo hace la “madre patria”, parezca más respetable lo creado por nuestros “gachos” (7).

A su vez, el “...artículo 7, apartado 3, de la ley 1/2013 añadió un punto 3.a al artículo 561, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la siguiente redacción:

“Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter,

decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.”

Una más a favor de los valientes jueces de nuestras Pampas (8).

En tanto, el “artículo 7, apartado 14, de la ley 1/2013 modifica el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precisando que la existencia de cláusulas abusivas constituye un motivo de oposición en los siguientes términos:

“1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: [...]

4. a. El carácter abusivo de una cláusula contractual que *constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.*”

“16. El artículo 3, apartado 2, de la ley 1/2013 modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria añadiendo al mismo un tercer párrafo con la siguiente redacción:

“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, *no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso*, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

“17. Por último, la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 añade lo siguiente:

“La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3, apartado dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache la ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutado un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior”.

Ahora bien, las consultas en el caso en comentario, se originan en el marco del litigio entablado entre Unicaja Banco, S.A. (en lo sucesivo, “Unicaja Banco”), por una parte, y el Sr. Hidalgo Rueda, la Sra. Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S.L., el Sr. López Reina y la Sra. Hidalgo Vega, por otra parte, y de los litigios entre Caixabank, S.A. (en lo sucesivo, “Caixabank”) y, en primer término, el Sr. Rueda Ledesma y la Sra. Mesa Mesa, en segundo término, el Sr. Labella Crespo, la Sra. Márquez Rodríguez, el Sr. Gallardo Salvat y la Sra. Márquez Rodríguez, y, en tercer término, los Sres. Galán Luna y Galán Luna, procesos todos ellos relativos al cobro de deudas no pagadas, derivadas de los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre las mencionadas partes.

Dice así el TJE: “Las peticiones de decisión prejudicial versan sobre la interpretación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29)”.

Así entonces, el Tribunal recuerda el marco jurídico, y refiere una vez más la Directiva 93/13. La misma en su artículo 1, apartado 2, establece que:

“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, *no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva*”.

Este pasaje es muy importante a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, atento que es la fuente del texto del artículo 1121, inc. b) que dice:

“Límites. No pueden ser declaradas abusivas: (...) b. las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas”.

En tanto, el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva tiene la siguiente redacción:

“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva precisa:

“[...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y el considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone que:

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

En tanto, el artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva dispone:

“Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

En los casos sometidos al TJE, se incluía una cláusula que establecía que en caso de que el prestatario incumpliera sus obligaciones de pago, el prestamista podía anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados.

Entre el 21 de marzo de 2012 y el 3 de abril de 2013, Unicaja Banco y Caixabank presentaron ante el órgano jurisdiccional remitente demandas de ejecución por las cantidades debidas tras aplicar los tipos de interés de demora estipulados en los contratos de préstamo hipotecario en cuestión.

En el marco de estos procedimientos, dicho órgano jurisdiccional se planteó la cuestión del posible carácter “abusivo” de las cláusulas relativas a los tipos de interés de demora y de

{ NOTAS }

(7) Ver sobre el particular, ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “Pagaré de consumo y otros títulos ejecutivos: incompetencia e invalidez”, DCCyE 2015 (febrero), 147; LA LEY online: AR/DOC/4529/2014.

(8) Ver sobre el particular, ALVAREZ LARRONDO, Federico M. y RODRIGUEZ, Gonzalo M., “La extremaunción al pagaré de consumo”, LA LEY, 2012-F, 671.

● VIENE DE PÁGINA 9

la aplicación de esos tipos de interés al capital cuyo vencimiento anticipado es consecuencia del retraso en el pago.

Ello, atento que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº2 de Marchena plantea a las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1. Si de conformidad con la Directiva 93/13 [...], en particular con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, y a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios *debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula y su carácter no vinculante o por el contrario debe proceder a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante o prestamista para que recalculen los intereses.*”

2. Si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 [...] no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional *la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad*, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma.

3. Si la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 [...], contraviene la Directiva 93/13 [...], en particular el artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor y evitar la aplicación de la sanción de nulidad y no vinculación sobre las cláusulas de interés de demora incurridas en abusividad estipuladas en préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 [...].”

Sobre el primer interrogante, el Tribunal de Justicia Europeo, una vez más recuerda que:

“28 En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que *los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.* En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 57).”

“29 En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un

consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencia ‘Asbeek Brusse’ y de ‘Man Garabito’, EU:C:2013:341, apartado 59).

“(...) 31. De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, *dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13.* En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79)”.

Sobre la base de lo expuesto:

“32 (...) el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 73, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 77)”.

No obstante aclara en su Considerando 33 que es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, *esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad*, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84).

En el presente caso, “y sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores *al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas*”.

Para que quede claro, lo que plantea el TJE es que la nulidad de la cláusula es absoluta y por consiguiente, los intereses moratorios abusivos que aquí se cuestionan, no resultan aplicables, pudiéndose reclamar exclusivamente los compensatorios y siempre que éstos no resulten también abusivos. *En este caso, no procede la integración del contrato, dado que el mismo puede subsistir sin la cláusula, y su eliminación no perjudica al consumidor, sino que por el contrario, lo beneficia.*

Ahora, el hecho novedoso lo plantea la normativa dictada por el Gobierno español que al establecer una limitación, precisamente, de los intereses de demora, permite interpretar que dicha pauta legal resultaría de obligatoria incorporación sustitutiva de la cláusula abusiva. Sin embargo, ello no es así.

En su exposición, el representante del Gobierno ibérico, había explicado que: “... el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, *no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora*”.

Así, lo que el propio Gobierno detalla, es que la morigeración de los intereses, resulta aplicable tanto a los contratos de consumo, como a los que no lo son, razón por la cual, el Juez podrá aplicar los términos de la Directiva por sobre los de la norma, cuando se esté en presencia de un contrato de consumo, sin afectar con ello su validez.

Por lo tanto, el Tribunal sostiene que: “en la medida en que la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y *excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional*”.

“40 Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora *calculados a partir de un tipo inferior* al previsto por la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo *no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13.* De este modo, *no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva*”.

Lo expuesto es trascendental, por cuanto deja expresamente aclarado que cualquier límite de intereses que disponga una norma legal, en nada impide que el Magistrado considere igualmente que el mismo resulta abusivo en el caso concreto que afecte a un consumidor. Esto es lo definitorio y destacado del fallo en comentario y que sienta bases claras para la interpretación del artículo 1121, inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación.

Y por si quedase alguna duda, el Tribunal afirma que:

“41 Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, *tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula*”.

Reiteramos, el Tribunal afirma y reafirma, que el Juez podrá morigerar conforme la pauta legal. Pero si considera que la cláusula es abusiva, directamente dispondrá su invalidez y con ello, la inexistencia de intereses moratorios, dejando de lado la pauta normativa.

Con base en ello, el TJE concluye que:

“...el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

— No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

— No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es ‘abusiva’ en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva”.

V. Corolario

Una vez más las crisis comienzan a mostrar el lado más humano de las normas. Sin embargo, esas intervenciones legislativas atento ser generales, no pueden convertirse en un valladar para resguardo de sectores que abusan aún de los regímenes legales genéricos para consolidar su posición de dominio (9). De allí que las normas no puedan repetir contra la efectiva tutela del débil jurídico, como sucede en el campo del Derecho Comunitario a partir de la Directiva 13/93 y la recta interpretación del TJE que aquí traemos y analizamos.

Y en nuestro ordenamiento, tal criterio encuentra respaldo en la “Constitucionalización y Convencionalización del Derecho Privado” dispuesta por el artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, uno de los cambios más fabulosos que ha traído el nuevo ordenamiento.

El nuevo Código parte de un principio básico: La sumisión del Código a la Constitución Nacional. Para las nuevas generaciones esto puede parecer evidente, obvio, hasta innecesario, pero para aquellas que han desandado parte de su vida durante el siglo XX, esta puerta de acceso al nuevo Código es una bocanada de aire fresco, una necesidad, una reafirmación, producto de la falta de encarnadura de nuestra Carta Magna en el grueso de las resoluciones judiciales y en el quehacer de los operadores del derecho, que sólo parecían encontrar respaldo sobre los Códigos Civil y Comercial, recientemente derogados.

Es que bien recuerda el invaluable Maestro Mosset Iturraspe que: “...como refiere Natalino Irti, ‘no se puede participar de dos naturalezas: Estar simultáneamente dentro y fuera del Estado; pedir protección y negar obediencia’. De allí el quiebre de la dicotomía entre el derecho público y el derecho privado o bien, como se ha denominado con expresión feliz: La aparición del ‘derecho civil constitucional o privado constitucional’; el derecho privado como derecho del ciudadano —y no meramente derecho burgués para la tutela de intereses individuales— integrado con el derecho constitucional” (10).

Acosta Rodríguez, para su Colombia, explica que el impacto trascendental “en nuestro ámbito jurídico obedece al fenómeno conocido como constitucionalización del Derecho ordinario. En efecto, la idea de que el Estado debe intervenir en la vida económica con el objeto de proteger la parte débil, no sólo orienta la vida contractual hacia el respeto del interés general, sino igualmente ha adquirido rango constitucional. De esta manera han entrado en el escenario jurídico las nociones de orden público económico de dirección así como el orden público económico de protección, cuyas fronteras con el Derecho común no son claras” (11).

{ NOTAS }

(9) Ver en tal sentido la clara pauta que sienta el artículo 11 del Código Civil y Comercial: “Artículo 11.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Otra muestra del ‘Derecho Privado Constitucional’, *La Constitución avanza*

sobre los privilegios concursales, Sup. CyQ, 2004 (septiembre), 29.

(11) ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín Emilio, “La constitucionalización de la buena fe contractual. Perspectivas para la seguridad negocial”, en *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo*, ECHEVERRI URUBURU, Alvaro (dir.), Ed. Ibáñez, Bogotá, 2011, p.23.

Ésta es la idea social que transmite el nuevo Código desde su Proyecto, y que habrá de impregnar a partir de ahora (tal como lo hiciera el Derecho del Consumo en su campo de actuación), todas las relaciones y ejercicio de derechos en la sociedad argentina (12).

Es entonces de esta manera, que los fundamentos del nuevo Código, declaran expresamente la “Constitucionalización del derecho privado”. Y en sentido coincidente con lo expuesto por Lorenzetti, en una construcción del núcleo duro del derecho privado (13), la Comisión explica que: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y el derecho privado. El Código Civil y Comercial, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

”Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: La protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, *de los consumidores*, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Esta declaración es de fundamental importancia, en particular en el campo del Derecho del Consumo, dado que la base y raíz de esta novel rama se asienta precisamente en el texto del artículo 42 de la Constitución Nacional, y constituye, tal como lo reconoce la Comisión, un límite inexpugnable que debe respetar el intérprete del presente Código.

De allí, que resulte fundamental el artículo 1º del nuevo Código, ubicado dentro del “Título Preliminar”, Capítulo 1, “Derecho”, que expresamente establece:

“Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, *conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Lo expuesto implica tanto la constitucionalización del derecho civil, como también su convencionalización (14). Es por demás claro que toda integración y toda coordinación normativa infraconstitucional, deberá ajustarse ahora por claro mandato del nuevo Código, al texto y espíritu de la Carta Magna.

Y éste no es un dato menor, dado que el ya recordado miembro informante de la Convención Constituyente del '94, el Dr. Roberto Irigoyen, en su mensaje citado oportunamente, dejó en claro al tiempo de someter a votación el texto del artículo 42

de la Constitución Nacional que: “Esta categorización de derechos sirve como finalidad de la política, por una parte, como teleológico para los poderes del Estado, por otra, y además como específica herramienta hermenéutica para el Poder Judicial de la Nación”.

En consecuencia, el artículo 1121 del Código Civil y Comercial, no puede contradecir los elementos principiológicos de este novel cuerpo normativo, y mucho menos, la clara manda del art. 42 de la Constitución Nacional, que impone la protección de los intereses económicos del consumidor. De allí, que una cláusula que replique una norma imperativa, tal como lo ha decidido el Tribunal de Justicia Europeo que aquí comentamos, pueda igualmente ser considerada inválida si violenta con su texto, la eficaz tutela constitucional y convencional de los derechos del consumidor. ●

Cita on line: AR/DOC/2936/2015

{ NOTAS }

(12) Lo expuesto se corresponde con el nuevo perfil reclamado al Derecho privado. Así, el brillante ALPA, Guido planteaba: “Pero entonces, ¿de cuáles tareas se debe ocupar?, ¿qué tareas debe asumir el derecho privado? Alguien podría pensar que todo esto sea un juego de palabras. Sin embargo, además del hecho de que con las palabras “se hacen cosas”, si se habla de tareas por asignar, o tareas que, una vez asignadas, deben ser desarrolladas por el Derecho Privado, se quiere decir que el Derecho Privado no puede seguir siendo considerado como un derecho egoísta destinado a tutelar sólo intereses individuales; si en la concep-

ción del “derecho” se incluye una tarea y, en consecuencia, una obligación, una responsabilidad, precisamente se quiere decir que el interés privado debe ser armonizado no sólo con los otros intereses privados, sino también, con el interés de la colectividad. Para hacer esto es necesario disponer de una escala de valores. Pues bien, esta carta se encuentra en las constituciones y, hoy, en Europa, en dos cartas de derechos: La Carta Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma en 1950, y la Carta Europea de los derechos fundamentales, suscrita en Niza en el 2000 y posteriormen-

te confirmada en Estrasburgo en septiembre de 2007” (ALPA, Guido, “Las tareas actuales del derecho privado”, LALEY, 2008-B, 1208; *Derecho Comercial Doctrinas Esenciales*, t. I, p. 357).

(13) Ver sobre el punto LORENZETTI, Ricardo L., “La función delimitadora de las normas de derecho privado”, LALEY 1995-D, 1220. Allí sostiene que: “En este ámbito es donde surgen las normas fundamentales de derecho privado con una función delimitadora. A través de esta función, las referidas normas constituyen un sistema pétreo, duro, inexpugnable por la actividad privada, una frontera que no

se puede transgredir. Esta línea fronteriza está constituida por los valores, los principios, normas y reglas institucionales en esa función delimitadora”.

(14) Sobre el control de constitucionalidad en nuestro país, ver IBARLUCÍA, Emilio A., “¿Existe una Constitución ‘convencionalizada’?”, LALEY, 2013-D, 1294; HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”, LALEY, 2013-C, 998.

JURISPRUDENCIA

Defraudación

Sobreseimiento. Atipicidad. Silencio sobre ejecución hipotecaria en trámite en un contrato de locación

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: *El propietario de un local comercial celebró un contrato de locación ocultando al*

locatario la existencia de un juicio de ejecución hipotecaria en trámite, lo cual generó un allanamiento y una posterior clausura por diez días. A raíz de ello, aquél fue imputado por el delito previsto en el art. 173, inc. 1 del Código Penal. El juez decretó su sobreseimiento por entender que esa conducta era atípica. Apelado el decisorio, la Cámara lo confirmó.

Quien celebró un contrato de locación de un local comercial ocultando la existencia

de una ejecución hipotecaria debe ser sobreseído del delito previsto en el art. 173 inc. 1 del Código Penal, si aquél no desarrolló conductas engañosas que hubieran llevado a error al locatario a la hora de contratar, pues el simple silencio acerca de esa situación no reúne la calidad de maniobra positiva para inducir a error a la víctima que exige la figura, máxime cuando la existencia del gravamen no es por sí misma una condición que obste a su alquiler.

118.731 — CNCrim. y Correc., sala IV, 08/05/2015. - M., L. E. s/ sobreseimiento.

Cita on line: AR/JUR/18570/2015

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Preview]

NOTA A FALLO

El silencio en el delito de estafa

SUMARIO: I. ¿Constituye un engaño? — II. El fallo. — III. Conclusión.

Carlos E. Edwards

I. ¿Constituye un engaño?

El fallo comentado, dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, renueva la debatida cuestión de si el silencio puede constituir un medio engañoso para configurar el delito de estafa.

Para perfeccionar la estafa se requiere la concurrencia de tres elementos: el despliegue de un ardid o engaño por parte del autor, que el mismo genere un error en la víctima y que, consecuentemente, produzca una dis-

posición patrimonial perjudicial. La cuestión problemática se plantea respecto a si el silencio por parte del sujeto activo constituye la actividad engañoso o ardidosa que exige el art. 172 del Código Penal.

En tal sentido, la doctrina pacíficamente ha sostenido que para que el silencio pueda tener relevancia típica, el autor debe tener la obligación jurídica de manifestarse, es decir, un deber jurídico de informar; así, Soler sostiene que “el problema del silencio se resuelve de modo semejante al de la mentira: se requiere que vaya acompañado de un ac-

tuar engañoso positivo (*facta concludentia*), o bien que exista el deber jurídico de hablar o de decir la verdad, según veremos. A ese fin, no basta que medie una obligación moral o caballeresca; debe tratarse de una obligación jurídica estrictamente determinable como tal, cuestión que depende del examen particular de cada situación, p. ej. 173, 9º. Esta obligación específica no puede ser suplida por la obligación genérica de comportarse con buena fe. No toda inobservancia de las normas de la buena fe constituye ardid” (1); Núñez afirma que “el silencio engañoso representa aquí un caso de comisión de una estafa por una omisión; y a su respecto rigen las reglas pertinentes. Por lo tanto, sólo si el silencio, que ha causado el error, implica una

violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla, puede imputarse a título de engaño defraudatorio. Ese deber puede surgir de la ley, de una convención o de un hecho precedente” (2); Donna señala que “para incluir a la omisión como forma de realización típica, no queda otra alternativa que recurrir a las reglas de la omisión impropia. Esto supone que debe concurrir en el autor un elemento especial que lo transforme en garante del bien jurídico. Es decir, debe existir una relación de deber que obligue especialmente al sujeto a la conservación del bien jurídico dañado. En el caso de la estafa, la mayoría de la doctrina entiende que el silencio puede considerarse ardid o engaño, en los términos del artículo 172 del Código Penal, únicamente

VIENE DE PÁGINA 11

cuando existe en el autor obligación jurídica de pronunciarse, es decir, un deber especial de informar” (3).

La exigencia de la doctrina de que el silencio será típico cuando el autor tiene la obligación jurídica de pronunciarse o de informar implica que el agente se encuentra en una posición de garante, lo cual nos introduce en otra problemática: la de los tipos omisivos impropios (4). Inicialmente, en los delitos de omisión impropia solamente puede ser autor quien no debe omitir una conducta, por encontrarse en la denominada “posición de garante”; dicha posición por parte del autor puede tener un origen legal, contractual o derivar de una conducta precedente.

Si bien los delitos de omisión impropia han sido creados doctrinariamente, no han encontrado su consagración en la ley penal, por lo menos en el derecho argentino, lo cual lógicamente plantea su congruencia con el principio de legalidad en materia penal; surge entonces el interrogante de si el omitente que se encuentre en posición de garante debe responder penalmente, aunque la ley penal argentina no consagre expresamente esa clase de delitos; ello ha dado lugar a un extenso y arduo debate, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, que por cierto no se encuentra concluido.

A su vez, si consideramos al silencio como una omisión engañosa, no existe un deber genérico de actuar con buena fe en los negocios jurídicos; callar una determinada circunstancia, cuando no exista el deber jurídico de informar, podrá resultar inmoral pero no típico a los fines de la configuración del delito de estafa.

La problemática que plantean los delitos de omisión impropia a la luz del principio de

legalidad en materia penal se evidencia en la jurisprudencia de nuestro país, a los fines de precisar la existencia de un deber jurídico a informar por parte del autor que emplea el silencio como medio engañoso; así, la Sala I de la Cámara Nacional Criminal y Correccional resolvió que “a los fines de la configuración del delito de estafa, constituye ardid suficiente el silencio del imputado que prometió algo en venta, sabiendo que ese acto jurídico no podrá llevarse a cabo, recibiendo sin embargo una contraprestación a cambio por parte de la víctima, pues en tales casos el sujeto que vende se posiciona como garante y, por lo tanto, su obligación consiste en decir la verdad, ya que si calla, y el silencio motiva el error en la víctima, no hay duda que es un ardid suficiente” (5), mientras que la Sala VI de la misma Cámara sostuvo que “su silencio referente a que el vehículo tenía un gravamen que le impidió al querellante realizar la transferencia, es el que hace incurrir en error al comprador de la cosa. En este punto es necesario observar que si bien el problema de la omisión de informar estaba discutido antes de la reforma del inc. 9º del art. 173 C.P., en este caso funciona esa obligación por la especial circunstancia del contrato que lo lleva al encausado a posición de garante” (6); por el contrario, la Sala VII también de la Cámara Nacional Criminal y Correccional afirmó que “si comprometido en venta un inmueble, con constancia que se lo hacía sobre la base de títulos perfectos, resultó que el bien se hallaba gravado con una hipoteca y dos embargos, con lo que se obstaculizaría la escritura de la finca; no se configura el delito de estafa, si el silencio u ocultamiento carecieron en el caso de basamento real para revestirla de verosimilitud, y si el sujeto pasivo no llevó a cabo las diligencias de control, que le eran exigibles para confirmar la veracidad de lo prometido, con lo que parecen intempestivas las reclamaciones intentadas *a posteriori*, a menos en sede penal. El incumplimiento no puede configurar el delito de estelionato, pues se produjo *ex ante* a la instancia escrituraria, pues hasta ese momento no hubo venta, sólo

un boleto de compraventa con los efectos que el mismo habitualmente irroga” (7). Es decir, que las distintas Salas de una misma Cámara han resuelto de manera muy diferente, ante hechos semejantes, la existencia o no de una posición de garante por parte del agente, lo cual demuestra la diversidad de criterios en este tema.

II. El fallo

El hecho que motivó el fallo anotado consistió en que la denunciante suscribió un contrato de locación por un local, por el plazo de tres años, ocultándole su dueño que el inmueble se encontraba sujeto a un juicio de ejecución hipotecaria; como consecuencia de dicho juicio, el juzgado civil interviniente en la ejecución hipotecaria dispuso un allanamiento al comercio, lo cual generó su clausura por el plazo de diez días, durante los cuales permaneció cerrado.

El tribunal consideró atípica la conducta denunciada, afirmando que no se desplegó una conducta engañosa que hubiera llevado a error a la denunciante a la hora de contratar; respecto del silencio, la alzada consideró que “el simple silencio del propietario acerca de dicha situación no reúne la calidad de maniobra positiva para inducir a error a la víctima, que exige la figura”; también se pronunció sobre constitución de la hipoteca, señalando que “la existencia del gravamen no es de por sí misma una condición que obste a su alquiler”, interpretando así que no existía un deber jurídico a informar sobre la existencia de la ejecución hipotecaria en trámite.

Para el fallo glosado, la celebración de la hipoteca no lo coloca al dueño del inmueble en una posición de garante, y que el ocultamiento de dicho gravamen no tiene relevancia típica para la configuración de la estafa; a este acertado razonamiento deberíamos agregar que el ocultamiento de la hipoteca no generó ni indujo al error a la presunta víctima a fin

de suscribir el contrato de locación, elemento esencial para la existencia de una modalidad estafatoria, a tal punto que después de tomar conocimiento de la hipoteca y del proceso de ejecución continuó con el alquiler.

Al respecto, analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, se afirma que “la deliberada ocultación de datos o la omisión de informaciones debidas, se admiten como modalidad del engaño siempre que, de un lado, la conducta omisiva tenga eficacia causal en la producción del error en el sujeto pasivo y sea determinante del acto de disposición y consiguiente perjuicio y, de otro, al autor del hecho le afecte la obligación, consecuencia de la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante una información ... el engaño omisivo se configura como una infracción del deber de informar” (8).

III. Conclusión

El decisorio anotado renueva la polémica sobre el silencio como medio engañoso del delito de estafa; luce acertado el criterio doctrinario que exige que únicamente el silencio resultará típico cuando el agente tiene el deber jurídico de informar, al encontrarse en una posición de garante. Lo problemático surge cuando analizamos el tipo de omisión impropia a la luz del principio de legalidad en materia penal, máxime cuando el Código Penal argentino carece de una “cláusula de equivalencia”, como sucede con el Digesto Penal español, que equipara la omisión con acción, a lo que debe sumársele la imprecisión para poder determinar cuándo existe un deber jurídico de informar, como lo demuestran los distintos criterios jurisprudenciales que existen sobre hechos semejantes, con el peligro que ello conlleva a los fines de la tipicidad. ●

Cita on line: AR/DOC/2912/2015

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, t. IV, Tea, p. 350.

(2) NÚÑEZ, Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, Lerner Ediciones, p. 301.

(3) DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal, Parte

Especial”, t. II-B, Rubinzal-Culzoni, p. 346.

(4) ver al respecto nuestros trabajos “La posición de garante y el principio de legalidad en materia penal”, La Ley, 29/12/05, y “La posición de garante y el ocaso del principio de legalidad”, La Ley Suplemento Especial “El Caso República Cromañón”, 2009 (agosto).

(5) CNCrim. y Correc., Sala I, 22/6/95, “Marchisella, Rodolfo”.

(6) CNCrim. y Correc., Sala VI, 23/9/85, “Santin, H. J.”.

(7) CNCrim. y Correc., Sala VII, 2/2/84, “Goldberg de Aloí”.

(8) RODRÍGUEZ, Joaquín - RAMOS, Miguel, “La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 27.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de CONTE FAUSTO VÍCTOR y ESTHER CEFERINA CALVETE a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en LA LEY.

Buenos Aires, 29 de abril de 2015
Adrián E. Marturet, sec.
LALEY: I. 07/09/15 V. 09/09/15

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 16, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de BORZANI, EMILIO OSCAR a fin que comparezcan a hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en LA LEY.

Buenos Aires, 14 de julio de 2015
Mariela Oddi, sec. int.
LALEY: I. 07/09/15 V. 09/09/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 17 cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de Doña AMALIA ROCCO para que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 11 de agosto de 2015
Mariel Roxana Gil, sec.
LALEY: I. 07/09/15 V. 09/09/15

44973/2015 MONTOYA, DIEGO s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 51, Secretaría Única, sito en Uruguay 714, Piso 2º, Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de DIEGO MONTOYA, a efectos de estar a derecho. El presente edicto deberá publicarse por tres días en “La Ley”.

Buenos Aires, 16 de julio de 2015
María Lucrecia Serrat, sec.
LALEY: I. 07/09/15 V. 09/09/15

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 107, Secretaría Única de la Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos, acreedores y todos los que se consideren con derecho a los bienes del causante MARÍA CRISTINA DELORME, a efectos de hacer valer sus derechos. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el diario LALEY.

Buenos Aires, 13 de agosto de 2015
Oswaldo La Blanca Iglesias, sec.
LALEY: I. 07/09/15 V. 09/09/15

El Juzg. Nac. de 1ra. Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nro. 4, Sec. Nro. 8, informa que JAVIER MANUEL ORTEGA TOROSI, de nacionalidad paraguaya, D.N.I. Nro. 94.317.556, ha iniciado los trámites para obtener la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días.

Buenos Aires, 24 de junio de 2015
Mariana Roger, sec.
LALEY: I. 07/09/15 V. 07/09/15

34714/2015 QUINTANA, GUILLERMO RICARDO s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 21, Secretaría Única con sede en Talcahuano 490 Piso 1º de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de GUILLERMO RICARDO QUINTANA a los

efectos que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres (3) días en el diario “La Ley”.

Buenos Aires, 21 de agosto de 2015
María Laura Ferrari, sec. int.
LALEY: I. 04/09/15 V. 08/09/15

Juz. Civ. y Com. Federal Nº 1 Sec. Nº 2 de la Cap. Fed. hace saber que NATHALI MICALA LÓPEZ TORREZ, DNI 94.417.915 de nacionalidad boliviana ha solicitado la concesión de la Carta de Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberá publicarse por dos días en “LALEY”.

Buenos Aires, 9 de abril de 2015
Mercedes Maquieira, sec. int.
LALEY: I. 04/09/15 V. 07/09/15

34032/2015 CURTOSI, MARÍA CATALINA s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 36 cita y emplaza a los herederos y acreedores de MARÍA CATALINA CURTOSI a los efectos de hacer valer sus derechos por el término de treinta días. Publíquese por tres días en La Ley.

Buenos Aires, 18 de agosto de 2015
María del Carmen Boullón, sec.
LALEY: I. 03/09/15 V. 07/09/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 62 a cargo del Dr. Juan Pablo Rodríguez, Secretaría a cargo de la suscripta, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de CARLOS BIZON a fin de que hagan valer sus derechos. El presente deberá publicarse por tres días en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 18 de agosto de 2015
Mirta Lucía Alchini, sec.
LALEY: I. 03/09/15 V. 07/09/15

41798/2015 TAMBURRO, NATALIA ANTONIA s/SUCESIÓN AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 72, Secretaría Única de esta Capital Federal en autos “TAMBURRO, NATALIA ANTONIA s/SUCESIÓN AB-INTESTATO”, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de “NATALIA ANTONIA TAMBURRO DE GARCÍA”. Publíquese por tres días en diario “LALEY”.

Buenos Aires, 13 de agosto de 2015
Daniel H. Russo, sec.
LALEY: I. 03/09/15 V. 07/09/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 5, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de DI PAOLO LILIANA. Publíquese por tres días en LALEY.

Buenos Aires, 19 de agosto de 2015
Gonzalo Martínez Álvarez, sec.
LALEY: I. 02/09/15 V. 04/09/15

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 17, Secretaría Única, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950, 5to. piso, de la Capital Federal, en autos caratulados “FAIVOVICH, ILEANA y OTRO s/SUCESIÓN AB-INTESTATO”, cita y emplaza pro el término de treinta días a herederos y acreedores de Doña ILEANA FAIVOVICH. Procediéndose a la publicación por tres días en el Diario “La Ley”.

Buenos Aires, 3 de julio de 2015
Mariel Roxana Gil, sec.
LALEY: I. 02/09/15 V. 04/09/15