

III.- Unidad III Ejercicio de los derechos

- 1) El principio de buena fe.
- 2) El abuso del derecho. El abuso de posición dominante.
- 3) El orden público. El fraude a la ley. Renuncia a las leyes y a los derechos.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS

En el Código Civil y Comercial de la Nación desde el art. 9 el CCyCN en adelante en el capítulo denominado “*Ejercicio de los derechos*” encontramos principios rectores dirigidos a los ciudadanos en general y, en particular, a los legisladores y jueces, ya que se trata de normas que no sólo debe tenerlas en cuenta el ciudadano, cuando ejerce su derecho, sino también el legislador cuando trabaja sobre la creación de una ley, y el juez al interpretarla y aplicarla.

Los principios que comprende este título son: buena fe, abuso del derecho, orden público y la prohibición de renuncia general de las leyes.

1) EL PRINCIPIO DE BUENA FE

En el mencionado capítulo se levanta el principio general de buena fe, disponiendo el art. 9 que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Es éste - sin dudas - el principio por excelencia, que influye sobre todas las categorías del Derecho y sobresale para regular las relaciones jurídicas, de forma tal que, todas deben medirse por él. Es decir, funciona como un control social en el ejercicio de los derechos.

En cuanto a la evolución jurídica de este principio en nuestro ordenamiento, es preciso recordar que el Código Civil de Vélez Sarfield, en su redacción original, no contemplaba la buena fe como principio, sino que había distintas normas diseminadas en tal cuerpo normativo que mencionaban la buena o mala fe, tal el caso de los artículos 3430 CC, que protegía al tercero que hubiese contratado de buena fe y que sancionaba al heredero de mala fe.

Recién, a partir del año 1968 con la reforma introducida por la ley 17.711, por el

impulso de la doctrina y la jurisprudencia, con la redacción del art 1198 se contempló este principio en el ámbito contractual cuando dispuso “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

Es decir, la noción social que reconoce valor al comportamiento de buena fe continuaba fuera del derecho positivo como constitutiva de un principio y prevista exclusivamente en normas particulares, como las que regulaban las relaciones contractuales. Sin embargo, aún sin encontrarse en una norma como principio general, la doctrina (es decir los autores) la convirtió como tal.

DISTINTOS TIPOS O FACETAS DE LA BUENA FE:

Este principio incluye tanto el deber de tener un comportamiento leal como regla de conducta (buena fe objetiva=lealtad, probidad), como también la creencia del actuar de buena fe, es decir, de estar actuando correctamente (buena fe subjetiva= creencia o confianza).

a.- BUENA FE OBJETIVA

En esta faceta la buena fe se relaciona con el comportamiento leal y honesto que deben mantener las personas, por ejemplo al celebrar o al cumplir un contrato. La exigencia de que exista buena fe objetiva es esencial para el comercio, ya que muchos negocios hoy se celebran informalmente (ej. a través de mail o mensajes deWhatsAap, etc).

La doctrina trató de definir a la buena fe objetiva dando distintos conceptos, así Tobías dice que "se relaciona con el comportamiento leal, probo, correcto, honesto (la observancia de la fe —fides— que alguien debe a otro) con que es dable actuar en las relaciones jurídicas y sus fuentes. Tiene particular relieve en la formación, celebración y ejecución de los negocios jurídicos." Vítolo señala que "la buena fe probidad es la conducta en el obrar, el proceder recto y leal, sin engañar a nadie y sin intentar perjudicar, descartando también hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor, de modo tal que pueda surgir de este obrar un daño injusto respecto de la otra parte o de un tercero." Lorenzetti considera que "la buena fe como lealtad se relaciona con el

comportamiento leal y honesto en el tráfico. No se refiere a la creencia que un sujeto tiene respecto de la posición de otro, como en el caso anterior (haciendo referencia a la buena fe como apariencia), sino a la manera en que las partes deben comportarse en el cumplimiento de un contrato."

Por consiguiente, este tipo de buena fe constituye una regla de conducta que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa.

A modo de ejemplo, el principio de buena fe en la celebración de los contratos obliga a las partes a expresar sus ideas con claridad, es decir las cláusulas del contrato deben ser claras de modo tal de no inducir a los contratantes en confusiones. Esto impone a las partes la obligación de hablar claro. Es por ello que los tribunales tienen decidido que las cláusulas oscuras no deben favorecer al autor de la declaración, principio especialmente importante en los contratos de adhesión. La buena fe en la interpretación de los contratos condujo, por ejemplo, a los jueces a decidir que, ante palabras claras no se puede admitir la prueba de distinta intención de esa palabra. Esto significa que los hombres deben creer y confiar en que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Finalmente, en cuanto a la buena fe en la ejecución del contrato exige que los contratantes deben obrar como personas honorables y correctas.

b.- BUENA FE SUBJETIVA

La buena fe subjetiva se asienta en la confianza que produce un derecho aparente y se protege a quien no pudo percatarse de un error no reconocible en las etapas de la negociación o en el momento de la concertación de un negocio. Este principio alcanza a los terceros que confiaron en la existencia de un derecho que parecía pero no existía.

La doctrina conceptualizó este tipo dando diferentes definiciones, así se ha expuesto que "la buena fe subjetiva es el estado psicológico de la persona que cree estar en una situación regular." Explica Tobías que la buena fe subjetiva

"apunta a la protección de una creencia o certeza razonable, sea cuando se confía en la titularidad del propio derecho o interés, sea cuando se confía en la titularidad del ajeno. Parte de la consideración que las personas pueden confiar en las situaciones tal como se les presentan y ello impone una valoración de tipo subjetivo." Vítolo, expresa que "resultaría de cierto estado psicológico y de una convicción sincera del espíritu, que debería estar fundada con moderada razonabilidad, y no en el simple creer candoroso. Es una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene determinada situación jurídica." Lorenzetti, al respecto, sostiene que "las partes deben confiar en las situaciones tal como se les presentan, lo cual remite a una valoración subjetiva, justamente porque el juez debe considerar la intención del sujeto, su estado psicológico o íntima convicción en relación a la situación dada. Es subjetiva pero esa cualidad debe ser fundada y general, una no reconocibilidad de la situación de la contraria, una excusabilidad del error, acerca de la propia situación. Concretamente, permite considerar válida una creencia del sujeto que no sería admisible si se apreciara la diligencia común exigible para garantizar la seguridad del tráfico."

Algunas de las principales aplicaciones de este concepto en nuestro derecho positivo, nos explica Borda la encontramos en la TEORÍA DE LA APARIENCIA. De acuerdo con un viejo principio de origen romano, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que se posee. Pero ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho y que sobre la base de este título, lo transmita a un tercero de buena fe. La aplicación estricta del aquel principio conduciría a privar a este tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto. La ley lo protege. Veamos algunos casos. Ante todo, el del heredero aparente. Sucede a veces que una persona obtiene una declaratoria de herederos en su favor o que presenta un testamento en el cual es designado heredero. Enajena un bien del haber hereditario a un tercero de buena fe. Luego aparece otro heredero con mejor derecho (sea porque prueba un vínculo con el causante que desplaza al anterior, sea porque presenta un nuevo testamento que designa otro heredero). Es evidente que quien anteriormente fue declarado heredero, no tenía en realidad ese carácter, por lo cual no podía enajenar un bien de la sucesión. Pero sería injustísimo privar de su derecho a quien ha adquirido el bien confiado en el título que ostentaba el

heredero aparente. Bien entendido que este adquirente para ser protegido por la ley, debe ser de buena fe, es decir, ignorar que existía otro heredero con mejor derecho que el del aparente (art 2315 CCYCN). También se aplica la idea de la apariencia en el caso del mandatario cuyo mandato ha cesado por revocación, fallecimiento o incapacidad sobreviniente del mandante; si los terceros que han contratado con el mandatario ignoraban sin culpa la cesación del mandato, el contrato será válido respecto del mandante y de sus herederos.

FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Este principio sirve como regla de interpretación objetiva, el patrón de interpretación no se refiere a lo que las partes entendieron efectivamente, sino a lo que pudieron entender conforme a lo que es ordinario o común que entiendan. También es fuente de derechos y en los casos en que las partes no han previsto alguna cuestión y es difícil de desentrañar su intención se debe recurrir al principio de buena fe. A su vez, cumple una función correctiva del ejercicio de los derechos ya que le indica a las partes cómo deben actuar y, en algunos casos, exime de responsabilidad si hay buena fe.

APLICACIONES DE LA TEORIA DE LA BUENA FE EN EL CCYCN

A modo de ejemplo se citan distintas normas del CCYCN que mencionan la buena fe, a saber: arts. 10 (abuso del derecho), 144 (inoponibilidad de personalidad jurídica), art 336 (acción de terceros en la simulación), arts 427/429 (buena fe en la celebración del matrimonio), art 729 (buena fe en las obligaciones en general), art 961 (buena fe en los contratos en general), etc.

DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS. Una derivación inmediata del principio de "buena fe" es la "doctrina de los actos propios". El sustento moral y jurídico de esta doctrina reside en el amparo y exigencia de la buena fe objetiva, la confianza suscitada, la coherencia del comportamiento con repudio de la sorpresa y la emboscada y en particular el resguardo de la seguridad jurídica —a saber a qué atenerse y conocimiento cierto de su situación— a cuyo valor la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha privilegiado "por ser una de las bases

principales de nuestro ordenamiento jurídico cuya tutela incumbe a los jueces", por lo que tiene "jerarquía constitucional". Esta doctrina encuentra su sustento filosófico y racional en los conocidos principios lógicos y ontológico de "no contradicción", en virtud de los cuales una cosa no puede ser ella y a la vez su contraria ni es posible afirmar su realidad y su inexistencia en forma simultánea. La "doctrina de los propios actos" establece que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos invocando un derecho o ejerciendo una conducta incompatible con otra conducta anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Ello significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza objetivamente deducida de su conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda situación incompatible con ella.

Borda señala que las condiciones de aplicación son las siguientes: a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro; b) una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictoria con aquella conducta; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

El mismo autor nos brinda algunos ejemplos que surgen de la jurisprudencia. En efecto, los jueces han resuelto que va contra sus propios actos el empleador que cuestiona la constitucionalidad de un convenio colectivo de trabajo no obstante reconocer haberlo aplicado anteriormente a sus trabajadores; el vendedor que al rescindir la compra-venta devuelve el precio desvalorizado y reclama que el automóvil vendido le sea entregado reparado; el vendedor que invoca la inflación para no cumplir con la compraventa y ofrece devolver la parte del precio recibido sin actualizar; el que cuestiona una liquidación que consintió oportunamente; el socio que impugna una decisión social que antes había consentido, etc

2) EL ABUSO DEL DERECHO

Esta teoría sostiene que los derechos subjetivos no son, en cuanto a su uso, absolutos, sino relativos, es decir que se deben ejercer dentro de determinados límites, tales como, los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho,

los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, no afectar el medio ambiente etc. Dentro de los orígenes históricos de esta teoría encontramos que en Inglaterra en el año 1706, un propietario en su terreno se dedicaba a la caza de pájaros para matarlos y venderlos; su vecino disparaba con su propio fusil y en su propio terreno, para espantar maliciosamente a los pájaros. Aunque era un acto habitualmente lícito, se estableció, en la época, que no se podían usar las facultades legales con el solo fin de dañar al otro.

La doctrina definió al abuso del derecho de diferentes maneras. En efecto, Spota sostiene que el abuso del derecho significa "que una persona ejerce su prerrogativa jurídica o un derecho subjetivo, pero desviando los finalismos éticos, sociales o económicos que el derecho objetivo ha tenido en cuenta para otorgar o amparar esa prerrogativa jurídica o ese derecho subjetivo. Por su parte Bordadice que podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión abuso del derecho, pero lo que no cabe discutir ya, es que a) "no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe; los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe"; y b) los derechos "tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concebido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley" agregando que "el derecho no puede amparar ese proceder inmoral". Lorenzetti señala que los derechos son relativos, en un sentido general, ya que no hay posibilidad de ejercerlos de un modo absoluto a costa de cualquier otro interés. Los derechos son relativos, en un sentido estricto, cuando el límite que tienen está dado por otros derechos invocados por otros sujetos. De tal modo, es un supuesto de colisión de derechos, y el límite es externo: la mayor o menor extensión de un derecho está en relación directa con lo que se conceda al otro o con lo que el titular del otro derecho esté dispuesto a conceder. La descalificación del ejercicio de un derecho es también un límite, pero en este caso proviene del derecho mismo: el derecho debe ser ejercido de un modo regular, conforme a la buena fe, las buenas costumbres, los fines de la ley; es decir, que el derecho en su nacimiento contiene un perímetro que el ejercicio posterior no puede transgredir.

Ahora bien, establecido el concepto del abuso del derecho que dan los distintos autores, veamos a continuación la regulación legal del CCYCN.

LA REGULACION EN EL CCYCN (ART 10)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regula en el art. 10 el abuso del derecho disponiendo “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Como antecedente de esta norma, cabe recordar que el Código Civil de Vélez Sarfield modificado por ley 17.711 había regulado, dentro del tema de los actos ilícitos, el abuso del derecho en el art. 1071 con esta disposición "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Si bien se desprende que el primer párrafo del art. 10 del nuevo Código sigue prácticamente al texto del art. 1071 del Código Civil modificado por ley 17.711, mientras que el segundo párrafo del nuevo artículo, también, pero con algunas variantes, lo cierto es que existen diferencias con la norma anterior, dado que ahora la calificación del abuso del derecho aparece en el título preliminar y como un principio general y el nuevo Código agrega el tercer párrafo, vinculado a la actuación del juez para "evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva".

Es decir, a partir de la sanción del nuevo CCYCN el abuso del derecho pasa a ser un criterio general en la valoración del ejercicio de los derechos, pero ello no impide que en algunas normas también se lo mencione. En efecto, hay numerosos artículos del Código que hacen referencia al abuso del derecho como el artículo que trata el efecto retroactivo de la anulación del matrimonio (art 480), entre otros (arts 794,1011,1732 etc) .

Sentado lo expuesto cabe analizar el contenido de la norma. El art 10 establece que sólo el ejercicio "regular" de un derecho o prerrogativa legal está protegido, es decir, el ejercicio adecuado a los fines que se han tenido en mira al reconocerlo y con sujeción a los principios de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Por ello, son supuestos de ejercicio abusivo de un derecho los siguientes: a) cuando contraría (es decir va en contra de) los fines del ordenamiento jurídico; b) cuando excede los límites impuestos por la buena fe; c) cuando excede los límites impuestos por la moral y por las buenas costumbres.

a) Cuando contraría los fines del ordenamiento jurídico: Según la opinión de Llambías, ya transcrita, "hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento". Lo cierto es que los derechos tienen un espíritu, que es la razón por lo cual la ley los ha concebido y ninguna facultad legal o contractual puede ejercerse legítimamente con un propósito extraño a la tutela del interés que resguarde, ocasionando a terceros un daño excepcional que excede el marco ordinario de las relaciones jurídicas. La actuación del sujeto que intenta ejercer un derecho no debe resultar chocante a las ideas medias de moral, a las buenas costumbres y a los principios de la buena fe, como así tampoco debe significar una desnaturalización de los fines tenidos en cuenta por el legislador. Resulta en este aspecto importante la función de los jueces en la determinación del abuso del derecho, quienes, como explica Borda, deben hacer una interpretación flexible de las normas, adaptándola a las nuevas circunstancias sociales; deben dirimir los conflictos humanos conforme a derecho, aprehendiendo la ley a través del prisma de la justicia, la equidad, el derecho natural. El juez no tiene frente a la ley un papel pasivo. Integra el orden jurídico, está inserto en él como un elemento vivo, destinado a darle a la ley la flexibilidad que le permita brindar no sólo una justicia más ajustada a las circunstancias del caso y de las personas, sino también más sensible a las cambiantes exigencias sociales. Destaca que "no sólo se trata del papel corrector del orden jurídico que tienen los jueces, sino de su misión esencial de dar a cada caso concreto, a cada pleito sometido a su decisión, el fallo que mejor se ajuste a la razón y a la justicia".

b) cuando excede los límites impuestos por la buena fe: En el punto anterior vimos que la buena fe es un principio rector y acercamos algunas nociones de la buena fe a la que nos remitimos. Sin embargo, resulta útil arrimar algunas expresiones de la Corte Suprema de Justicia. Ha dicho el Alto Tribunal que el ejercicio de todo derecho debe tener lugar dentro de los límites impuestos por la buena fe, traspasados los cuales aquél deviene abusivo y no resulta amparado por la justicia (, Fallos 308:778). También resolvió la Corte Suprema que tanto el "derecho" como la "moral" tienen un fundamento ético común, aunque constituyen dos sistemas diferentes de valoración."(Fallos 311:1337).

c) Cuando excede los límites de la "moral" y las "buenas costumbres": Al respecto cabe recordar que el art. 19 de la Constitución Nacional dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Es decir, hay un precepto constitucional que veda las acciones de los hombres que ofendan al orden y a la moral pública. En cuanto a la frase "buenas costumbres" si bien es utilizada familiarmente, lo cierto es que al igual que "buena fe" tiene un sentido impreciso. Por ello los autores dicen que se entiende por "buenas costumbre" aquéllas que se corresponden con la sana "moral" imperante en un lugar y en un momento dados; son la moral dominante, cuyas exigencias deben deducirse de la forma de pensar del hombre medio decoroso; son aquellos hábitos sociales o de opinión, basados en motivos de ética fundamental; comprende todo aquello que está de acuerdo con las ideas morales predominantes en la conciencia social, o ideas morales aceptadas por la generalidad de los individuos. Lo cierto es que los hábitos que conforman las "buenas costumbres" no están expresamente catalogados en parte alguna; en cada caso, los jueces deberán juzgar si están o no comprometidas las buenas costumbres pero su apreciación no es absolutamente libre, puesto que el concepto de buenas costumbres no depende de su conciencia individual, sino de la conciencia social.

UTILIZACION DE ESTA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO POR LA JURISPRUDENCIA

Existen numerosos fallos que refieren al abuso del derecho, pero a modo de ejemplo y para graficar podemos citar las siguientes resoluciones que determinaron la existencia de abuso del derecho: “es antifuncional y abusiva la conducta del acreedor, que sin interés serio y legítimo, solicita y obtiene medidas precautorias, eligiendo inútilmente la vía más gravosa para el ejecutado” (Sup. Corte Salta, 17/12/1953, J.A., 1954-I, p. 304, citada por Borda) ; “es abusiva la conducta del acreedor que apremia a la deudora por vías legales particularmente onerosas” (iniciación conjunta de la sucesión del deudor y ejecución contra sus herederos, no obstante la voluntad explícitamente manifestada por ellos de pagarles) (C. Civil Cap., Sala A, 18/10/1957, L.L., t. 91, p. 531. Citada por Borda); “incurre en abuso el acreedor que elige para ser subastada la propiedad del deudor donde residen su mujer y sus hijos, si existe en trámite el juicio de divorcio y separación de bienes y aquélla indicó oportunamente otros bienes del deudor con cuya ejecución podía satisfacerse sobradamente la deuda, porque la venta de la propiedad embargada supone un perjuicio irreparable para la esposa y los menores, sin beneficio alguno para el acreedor”, entre otros.

Para entender cómo los jueces determinan que un derecho ha sido ejercido abusivamente Borda explica que en su resolución, el magistrado debe tener en cuenta si existe: 1) intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros ; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal y excesivo; 5) la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.

SIGNIFICADO DE LA EXPRESION SITUACION JURIDICA ABUSIVA:

Este término es novedoso y proviene de creaciones doctrinarias en materia de relaciones de consumo.

En el art 1120 el Código dispone que se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos conexos.

Como explica Lorenzetti la situación jurídica se refiere al ejercicio de varios derechos entrelazados por una estrategia diseñada por su titular, quien crea un contexto para desnaturalizar o impedir el ejercicio de un derecho o una facultad de la otra parte.

EFFECTOS DE LA DECLARACION DE ABUSO DEL DERECHO:

En el último párrafo del artículo 10 se determinan las consecuencias que trae aparejada la conclusión del juez de que el ejercicio de un derecho es abusivo. Es decir, una vez que el juez determina que existe abuso del derecho debe:

- Ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, es decir, privar de los efectos al acto desviado.
- procurar la reposición al estado de hecho anterior
- fijar una indemnización.

ABUSO DE LA POSICION DOMINANTE

En concordancia con los arts 9 que regula el principio de buena fe y el art 10 que regula el abuso del derecho, el art 11 dispone que lo dispuestos en ambos artículos se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en las leyes especiales.

Si bien el Código no da una definición de posición dominante la misma se encuentra en la ley Nro 27.442 de Defensa de la Competencia. Dicha norma en el art 5to dispone que “ A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos. Mientras que el art 6to establece “A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El

grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder”.

La posición dominante en el mercado es la que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su situación de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica abarcando desde las negociaciones, la invitación a contratar, las prácticas y las propias condiciones del contrato.

Es claro que ello puede darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio; pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe, si bien es un concepto originado en el derecho de la competencia va a incidir no solo con respecto a las otras empresas sino a menoscabar los derechos de los consumidores.

La incorporación de este instituto jurídico al Código Civil y Comercial permite considerar que se ha operado una ampliación de supuestos con relación a lo previsto en la norma de regulación del mercado que hasta ahora lo contenía.

Hoy hay quienes sostienen que no es requisito del abuso de posición dominante en el mercado el que ella provenga del ejercicio injusto realizado por una gran empresa o sistema prestacional sino que también puede darse en relaciones de menor despliegue en el mercado pero de gran incidencia particular, como las establecidas entre locador y locatario en un mercado donde existe escasez de vivienda.

Es una actuación empresarial prohibida por restringir el juego de la libre competencia, no admitiéndose la posibilidad de exención. Se trata de la actuación de una o más empresas explotando abusivamente la posición dominante de que gozan en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, siempre que dicha práctica afecte al comercio entre los Estados miembros.

Entre dichas prácticas, las normas comunitarias han tipificado estas cuatro: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones

equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. Hay abuso de tal posición cuando el detentador de la misma utiliza las posibilidades derivadas de ella en el mercado para conseguir ventajas que no habría obtenido en una situación de competencia normal y nuestra ley 27.4442 las enuncia en sus arts. 2º y 3º.

Los principios y las normas establecidas en los ordenamientos tienen la función de disponer las condiciones generales para evitar las iniquidades, el abuso en el mercado y en la contratación de las posiciones dominantes por parte de uno de los sujetos que intervenga en la economía. Debiendo repudiarse el abuso de la posición dominante y proteger al débil de la negociación, sea este una empresa o los consumidores todos como sujetos involucrados en estas prácticas negativas a sus intereses.

Bibliografía:

Tratado de Derecho Civil Parte General- Decima Edición Actualizada. BORDA, Guillermo A Ed. Perrot

Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino por HIGHTHON DE NOLASCO, Elena. Editorial Rubinzal Online

Comentario al art. 9 en Alterini, Jorge, H., Editor, "Código Civil y Comercial Comentado", t. I. Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 57 y 58. TOBIAS, José W.

"Código Civil y Comercial de la Nación", t. I, Erreius, Buenos Aires, 2016. VÍTOLO, Daniel Roque

"Código Civil y Comercial de la Nación", t. I. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, LORENZETTI, Ricardo Luis

"Tratado de la Buena Fe en el Derecho", t. II, La Ley, Buenos Aires, 2009, CÓRDOBA Marcos M

Los límites al abuso de posición dominante y los principios generales en el derecho. GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R. (SJA 03/10/2018, 03/10/2018, 5 - TR LALEY AR/DOC/3307/2018)

