

Colofón

En este tipo de relación contractual se aprecia la presencia de un objeto contractual deseado por una inmensa masa de consumidores, lo cual hace que la relación personal del contrato clásico se pierda, no existiendo posibilidad de negociación alguna, ni de adaptación de cláusulas contractuales especiales a la medida del consumidor.

La responsabilidad social en las empresas y en las entidades financieras debe evitar situaciones de abuso en las relaciones contractuales de buena fe y atender a la claridad de la información brindada a través de los medios y campañas de publicidad en las que desarrollan su “marketing” institucional.

Alcances psicosociales en la penalización abusiva de los contratos

María de los Ángeles Vecchiarelli

1. Penalización abusiva

Para Marti Marti:

“La libertad contractual es como la propiedad: está sujeta a las mismas limitaciones, esto es, que su ejercicio no vaya en contra de la colectividad y no entre en colisión con los derechos de los demás”.⁽¹⁾

Marti Marti nos marca que en España:

“El artículo 1254 del Código Civil dice que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio; y el 1255, que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Estos preceptos encuadran al contrato como fuente de las obligaciones y en la esfera de lo que se ha venido en denominar Derecho voluntario, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, dogma individualista de la autonomía de la voluntad al que ha sucedido y sucede, cada vez más, el imperio del principio intervencionista”...

Y así, frente a las figuras contractuales clásicas en las que el principio de la autonomía de la voluntad tenía un campo de aplicación casi absoluto y en las que el contrato nacía del libre consentimiento de los contrayentes, surgen en nuestro tiempo nuevas categorías contractuales que se caracterizan por un particular mecanismo de la formación contractual y por la debilitación de la sustancia consensual, que llega, en muchos casos, a anular casi de hecho la libertad de los contratantes y hacer dudosa la aplicación misma del molde conceptual del contrato.

Efectos típicos de estas figuras son los llamados contratos de adhesión, los normados, los colectivos, los contratos tipo, y los concluidos con base en las llamadas «condiciones generales». Los contratos de adhesión, con los que guarda total afinidad el contrato con base en condiciones generales, pueden definirse como aquellos en que su contenido, esto es, las condiciones de su reglamentación, son obra de una sola de las partes, de tal modo que el otro contratante no presta colaboración alguna en la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo por un simple acto

¹ Marti Marti, Joaquim; “Cláusula Penal o Cláusula Abusiva”; Diario La Ley, Año XXIII, Número 5.496, marzo de 2.002, España, <http://www.bufetejmarti.com/Documenta\clausulapenal.htm>, página 2.

de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente; por su parte, en las condiciones generales, son las redactadas por una empresa o grupo de empresas y propuestas, como patrón o formulario, a los clientes que contratan con ellas.

En el contrato de adhesión, en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no, se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es inherente su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho, y es lo que motiva este artículo.

Y este control de legalidad de las condiciones generales tiene su reflejo en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, que establece una serie de requisitos que han de cumplir los contratos de adhesión concertados con consumidores y usuarios, y que básicamente se refieren a la claridad y sencillez, buena fe, y justo equilibrio de las prestaciones, y cuya interpretación ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 10 de febrero de 1992 expresó que tales preceptos, según lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la Constitución no pueden ser considerados como meras declaraciones de buenos propósitos, sino como normas jurídicas cuyos mandatos deben informar la actuación judicial y pueden ser alegados por las partes en todo tipo de procesos.

Este es el criterio de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones: el primero en cuanto que el ordenamiento jurídico rechaza que el predisponente pueda aprovechar su situación de superioridad en la relación contractual, ya que el ciudadano debe estar confiado en que podrá contratar bienes y servicios sin tener que sortear continuas trampas contractuales en las que se otorgan ventajas al predisponente o se impongan obligaciones al adherente que no sean razonablemente previsibles atendida la naturaleza del negocio y que no le son fácilmente localizables por su general falta de formación jurídica, ya que lo contrario sería obligarle, cada vez que quiera contratar un bien o servicio, a realizar un recorrido general por todos los ofertantes de los mismos, no ya para contratar la oferta más ventajosa en cuanto a calidad y precio, sino incluso para encontrar aquel oferente que ofreciera una regulación de la relación contractual respetuosa con los principios de la buena fe contractual, lo que se podría considerar a todas luces una carga injustificada; y el segundo, el equilibrio de las prestaciones, esencial para evitar que la predisposición de condiciones generales provoque un desplazamiento de los riesgos del predisponente al adherente, teniendo a aquél en un plano de superioridad frente al segundo...

El principio de la autorresponsabilidad del declarante, que impone que la parte a la que es imputable el haber producido una declaración de voluntad equívoca u oscura debe responder por ello, al serle imputable la ambigüedad o falta de claridad por culpa suya, principio éste derivado de la buena fe". (2)

El Tribunal Supremo Español nos marca que:

"Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba". (3)

² Oportunamente citado, páginas 2 a 4.

³ Oportunamente citado, página 5.

Y la Directiva Comunitaria 93/13/CEE, cuyo artículo 4.2 dispone: La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. (4)

“En la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª) del 30 de marzo de 2.000, Recurso 336/1.999, la Sala resume los requisitos para determinar el carácter abusivo de la cláusula en los siguientes:

- ◆ Que no se haya negociado individualmente.
- ◆ Que produzcan un perjuicio al consumidor.
- ◆ Que conlleve un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. (5)

En materia de perjuicios Marti Marti nos marca, que:

“... los perjuicios hay que probarlos, ya de otro modo no podrá conseguirse la aplicación automática de la cláusula penal, y ello por cuanto la cláusula penal guarda relación, con la naturaleza del contrato y las circunstancias concurrentes”. (6)

Una primera aproximación para evaluar el grado de influencia del proveedor del producto y/o servicio en el consumidor financiero lo hemos planteado en los “Tests” que incluimos en el Capítulo 50 “Influencia de la Comunicación y la Publicidad inductiva, confusa o engañosa”, del Tomo 5, de este Tratado, en las ilustraciones 4, 5 y 6.

2. Cambios relevantes

Y Carranza Torres y Rossi nos indican:

“Desde diciembre del 2.001, nuestro país asiste a una autentica catarata normativa que ha producido profundos efectos en la vida de sus sufridos habitantes. A modo muy sintético, la llamada **legislación de emergencia** trajo cuatro grandes cambios que afectan el régimen de las obligaciones de dar dinero:

- i. Restricciones a la disposición del dinero depositado en entidades financieras.
- ii. Derogación del régimen de convertibilidad.
- iii. Paso a un sistema de tipo de cambio libre.
- iv. Pesificación del dinero depositado en el sistema financiero y de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera”. (7)

“No hace falta abundar más en la cuestión, para llegar a la conclusión que las prestaciones de dar en nuestro país, en especial las pactadas en moneda extranjera, han mutado notablemente lo originalmente pactado por las partes, y que tal situación amerita una búsqueda de las herramientas posibles para recomponerlas en justicia, sin enriquecimientos ni empobrecimientos injustos”. (8)

Una forma de menguar estos efectos de repartir las pérdidas entre todos fue tratar de restablecer el equilibrio contractual por el denominado **esfuerzo compartido** a lo cual Peyrano nos manifiesta que:

⁴ Oportunamente citado, página 6.

⁵ Oportunamente citado, página 7.

⁶ Oportunamente citado, página 15.

⁷ Oportunamente citado, página 7.

⁸ Oportunamente citado, página 7.

“La tesis del esfuerzo compartido tiene por objeto específico recomponer ciertos (decimos **ciertos**, porque no son todos) vínculos jurídicos existentes que pudieron haber sido afectados por el brusco cambio de reglas de juego cambiarias resultante; recomposición que deberá ser presidida por algunos criterios generales:

- a) se trata de una materia de Equidad que debe tener especialmente en cuenta el principio del esfuerzo compartido (por acreedor y deudor). Si bien, quizás, la regla áurea será la partición igualitaria de las consecuencias adversas de la mutación de la ecuación cambiaria, ello de ninguna manera podrá ser automático. Es que las circunstancias del caso, podrán determinar la iniquidad de dicha solución;
- b) en líneas generales, la nueva normativa procura favorecer a los deudores, por lo que su interpretación será gobernada por el **in dubio pro debitoris**;
- c) pensamos que la pretensión distributiva del esfuerzo compartido puede ser promovida no sólo por los deudores (especialmente, por los no beneficiados por la paridad uno a uno) sino también por los acreedores que se consideren perjudicados por algún aspecto del régimen **pesificador**. Como respaldo de nuestra sospecha, hemos observado que ya algunos bancos están extendiendo recibos de pago a cuenta por más que se trate de deudas beneficiadas por la **pesificación** a la par;
- d) en definitiva, los magistrados deberán fijar la medida del esfuerzo de cada uno (50, 40, 30%, etcétera), para que así acreedores y deudores compartan las derivaciones de la modificación de los parámetros cambiarios”.⁽⁹⁾

En contraposición cuando los intereses han sido abusivos, el esfuerzo ha sido del deudor o usuario, vale decir es quien soporto las consecuencias adversas y tomo los compromisos en moneda extranjera en virtud de la imposición del acreedor y amparado en la ley de convertibilidad.

Por otro lado seguramente el crédito le fue otorgado en base a los ingresos potenciales del deudor, por ende se debería entender que el esfuerzo que el mismo debería hacer debe estar acorde con la forma en que se otorgo.

La misma ley de convertibilidad establece que las indexaciones no corresponden, y el emplear una moneda extranjera es una forma de ajustar, por ende existe una contradicción en si misma. La cuestión tiene sentido solamente sí el dólar mantiene su equivalencia de valor frente al peso, sino es un sistema de ajuste liso y llanamente...

Por todo ello Carranza Torres y Rossi nos marcan:

“Debe ponderarse principalmente la época en que se celebró el negocio jurídico, si el deudor incurrió en mora y en qué tiempo, si las partes tuvieron en miras la contingencia de la desaparición de las bases contractuales por causas sobrevinientes y externas a la voluntad común y, en su caso, si previeron concretamente la forma en que se adjudicarían los riesgos en el caso de desaparecer la base del negocio, el tipo de interés aplicable, el destino del inmueble afectado en garantía del pago y las restantes particularidades que surgen de la convención”.⁽¹⁰⁾

3. Naturaleza de las cosas

Para Rawls:

“Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia”.

⁹ Peyrano Jorge W.; “La pretensión distributiva del esfuerzo compartido. análisis provisorio de aspectos procesales de la pesificación”, Revista El Derecho, Buenos Aires, Argentina, 15 de febrero de 2.002, página 1.

¹⁰ Oportunamente citado, página 9.

“El concepto de racionalidad tiene que ser interpretado, en lo posible, en el sentido estrictamente tradicional de la teoría económica, según la cual se emplean los medios más efectivos para fines dados.

Dado que cada uno desea proteger sus intereses y su capacidad de promover su concepción del bien, nadie tendría una razón para consentir una pérdida duradera para sí mismo con objeto de producir un saldo mayor de satisfacción”. (11)

Según Arcilla Montoya:

“Ya Aristóteles afirmaba que en el hombre hay por naturaleza unas tendencias de origen biológico, social o históricas y al aplicar la ley se debe tener en cuenta esa realidad.... Entonces, al aplicar la ley hay que tener en cuenta la naturaleza de las cosas, la naturaleza de esa situación que al aplicar la ley debe comprenderse....

“... Se pudo sostener también que Aristóteles tenía en vista esencialmente **lo justo concreto**, la situación justa, antes que las normas organizadas en sistema ...”.

Y, el enjuiciamiento resultante puede lograrse gracias a unos criterios que hacen posible una labor de crítica, de valoración y de orientación, que nos brinda el Derecho Natural Cambiante o Variable y denominada Teoría de la Naturaleza de las Cosas y que es algo distinto del Derecho Natural que tuvo origen en la filosofía de Sócrates, padre de la ética, primer filósofo que preguntó ¿qué es el hombre?, ¿qué es la virtud?, ¿qué es la justicia? y ¿qué es el derecho? y ¿qué? ... sólo consiste en los principios jurídicos universales que Dios ha escrito en el corazón de los hombres ... ", cuyo precedente en el Cristianismo lo encontramos en la Carta de San Pablo a los Romanos, así : " ... Cuando los paganos, que no tienen ley, cumplen naturalmente lo que manda la Ley, están escribiendo ellos mismos esa ley que no tienen, y así demuestran que las exigencias de la Ley están grabadas en sus corazones. **Serán juzgados por su propia conciencia, y los acusará o los aprobará su propia razón...** " Y, la Teoría de la Naturaleza de las Cosas se aplica puntualmente, en cada caso particular, concreto, no generalmente”. (12)

Y nos agrega Arcila Montoya:

“Desde la antigüedad se ha sostenido que debe tenerse en cuenta esencialmente lo justo concreto, la situación justa, antes que las normas organizadas en sistema”. (13)

Diciéndonos Arcila Montoya:

“Cosa es toda aquella materia susceptible de regulación jurídica, toda relación social entre humanos que sea o deba ser regida por el Derecho ; se refiere entonces, no sólo a cosas naturales, sino a seres humanos, colectividades, actos, meras omisiones ; no se refiere sólo a lo material o puramente físico, sino también a puntos de referencia de estructuras y relaciones sociales, a sistemas normativos extrajurídicos, convicciones, ideologías, en fin, involucra hasta juicios de valor, incluyendo la ley objetiva peculiar, propia de los diversos ámbitos de actividad y comunidades del hombre. Radbruch, evocando a Montesquieu acotó que las leyes son las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas y explica que "cosa" significa materia prima, el material del derecho, los factores reales de la legislación, o sea, los estados naturales, sociales y jurídicos con que el legislador se encuentra y que somete a su reglamentación.

¹¹ Rawls, John; “Teoría de la Justicia”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México (D. F.), México, 1.993, páginas 29 y 31.

¹² Arcila Montoya, Miguel; “Teoría de la Naturaleza de las Cosas”, sitio web: momografías.com, <http://www.monografias.com/trabajos/naturalezacosas.shtml>, páginas 2 y 3.

¹³ Oportunamente citado, página 5.

Naturaleza es el conjunto de caracteres de todas las **cosas** que pertenecen a la misma categoría, experimentalmente comprobables, de donde resulta que **naturaleza de las cosas** significa conjunto de características empíricamente verificables que constantemente presentan los hechos sociales que forman parte de una misma categoría. Esto implica, además, tener en cuenta dos presupuestos fundamentales sobre los que descansa tal doctrina:

- i. la concepción normativa del derecho, y
- ii. el uso de un método lógico-empírico para individuar al derecho mismo en el interior de los hechos, lo que exige rechazar cualquier elemento que no sea empíricamente demostrable o lógicamente deducible.

Naturaleza es la esencia, el sentido de las cosas, el sentido objetivo, tal como se desprende de la estructura misma de las relaciones de la vida.

Lo anterior recuerda el eterno dilema "Ser-Deber ser", que quiere ser neutralizado por la "naturaleza de la cosa" como premisa que pueda conducir a la conversión en realidad de determinadas ideas jurídicas, es decir, con base en ella las ideas jurídicas podrían ser acomodadas al "tosco mundo". Con razón ha dicho Arthur Kaufman que la legislación busca igualar la idea de derecho con futuras situaciones vitales pensadas como posibles. Tratase, agrega, de poner en correspondencia el ser y el deber ser, es decir, de hacer coincidir norma y hecho. La naturaleza de la cosa es, entonces, un intermediario, el punto que permite la conexión entre realidad y valor. De ahí que la conclusión a partir del hecho (hacia la norma) o de la norma (hacia el hecho) pase siempre por la naturaleza de las cosas". (14)

Nos afirma Arcila Montoya:

"Todo esto significa que para la elaboración del derecho es necesario conocer los problemas económicos, sociales, políticos, geográficos y de toda índole y, al mismo tiempo, descubrir las consecuencias de ellos y los valores que generan, que modifican o que jerarquizan. En efecto, los mentados fenómenos muestran lo cambiante de las necesidades humanas y sociales, lo cambiante de la urgencia de satisfacer esas necesidades, la multiplicidad de los valores y la jerarquización de los mismos.

De modo que **la naturaleza de las cosas es lo que determina la ética, los valores, el derecho, etc.** Un caso debe solucionarse teniendo en cuenta el estado actual de las necesidades humanas y sociales, pero también considerando los valores que tienen prioridad en ese momento histórico. Pero aunque esto sea así, la noción de lo que la naturaleza de las cosas sea, es algo que varía de un pensador a otro. A esas distintas concepciones de la naturaleza de las cosas o de la cosa nos referiremos en los acápites siguientes". (15)

Y Arcila Montoya nos añade:

"Entonces cuál es la naturaleza de las cosas para Kant. Es la naturaleza humana y la ley moral que alberga la autonomía de la voluntad y la libertad. Eso es lo que nos lleva a cumplir esta máxima o esta ley fundamental: obra de tal forma que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como un principio de una legislación universal.

La autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les conviene y es por eso por lo que uno no puede ser moral si no tiene autonomía de la voluntad. Si no puede uno autodeterminarse, si lo heterodeterminan no puede hablar yo soy moral. La conciencia de libertad no puede identificarse con nuestra libertad, pues esto suprimiría la obligatoriedad. El derecho es una ley moral imperfecta; por qué es imperfecta, porque es heterónoma. Entonces mientras nosotros estemos regidos por el derecho no

¹⁴ Oportunamente citado, página 7.

¹⁵ Oportunamente citado, página 8.

seremos libres, no podemos ser libres. No es una realidad cósmica, pero es una realidad humana". (16)

A lo que Arcila Montoya nos remarca que:

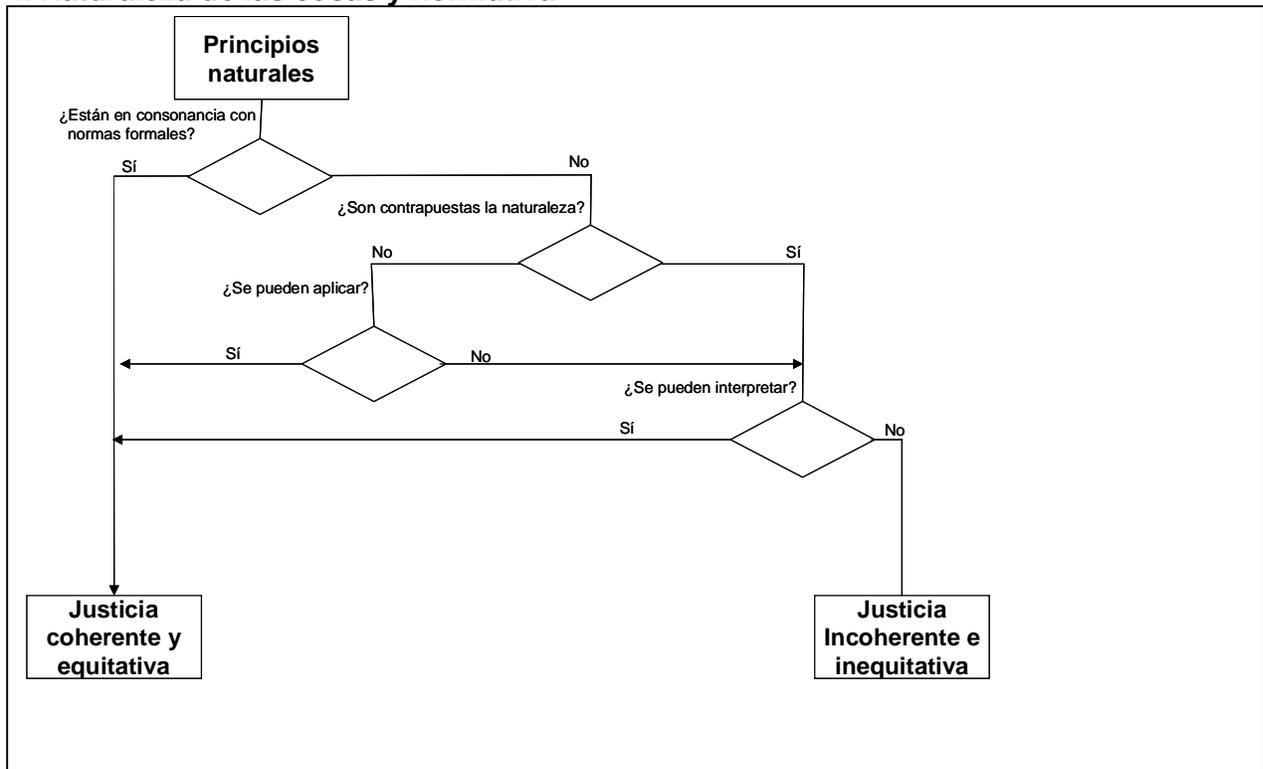
"Para algunos la naturaleza de las cosas o naturaleza de la cosa viene a ser un concepto intermediario por el que se pasa del Derecho racional abstracto de los siglos anteriores a las construcciones actuales, que tienen fundamentalmente en cuenta la realidad existente...

... una idea que tiende a poner de relieve que el Derecho no queda librado al arbitrio total de una voluntad legislativa, sino que ha de existir ligado a las realidades del mundo, consideradas objetivamente en sus aspectos reguladores y delimitantes...

El reconocimiento de que el legislador positivo tiene límites infranqueables en el dictado de los preceptos jurídicos que han de regir una sociedad humana, límites que provienen de la realidad objetiva en la que el Derecho debe tener su efecto". (17)

La justicia puede tener dificultades entre la naturaleza de las cosas y la normativa, dado que la lógica y la equidad debería prevalecer sobre la normativa, para lo que podemos observar el diagrama de lógica de la ilustración 4.

4. Naturaleza de las cosas y normativa



Por eso Rawls nos marca que:

"La asignación de valores es una parte esencial y no una parte menor de una concepción de la justicia".

¹⁶ Oportunamente citado, página 10 y 11

¹⁷ Oportunamente citado, página 14.

“Dado que en la justicia como imparcialidad los principios de la justicia no son pensados como evidentes por sí mismos, sino que tienen su justificación en el hecho de que habrán de ser escogidos, podemos encontrar en los fundamentos para su aceptación alguna guía o límite acerca de cómo habrán de equilibrarse”.

“Una explicación correcta de las facultades morales implicará ciertamente principios y construcciones teóricas que van mucho más allá de las normas y pautas citadas en la vida cotidiana, incluso es posible que eventualmente exija también matemáticas más o menos elaboradas”.⁽¹⁸⁾

Y Arcila Montoya nos dice que:

“Derecho natural significa lo que es justo en cada una de las situaciones históricas que se presenten. No es un conjunto de reglas expresas; antes bien, un valor cuyo cumplimiento debe perseguirse incansablemente; es la solución justa que buscamos en cada situación y en cada caso y que no conocemos de antemano, y esa solución es cambiante, como debe serlo, si resulta de la naturaleza de las cosas.

Es interesante poner de manifiesto dos posiciones que nos van a situar en camino hacia una noción más completa del concepto difuso de la naturaleza de las cosas. En primer lugar, Larenz insiste en un tema importante, al conectar la naturaleza de las cosas con la *naturaleza de la situación vital misma*, y nos explica que la naturaleza de las cosas no constituye una regla imperativa, una orden normativa por sí misma, desligada de la situación vital para la cual debe ser válida. Por el contrario, se conecta la naturaleza de la cosa con la naturaleza de la situación vital, la cual está llena de sentido y, además, ya ordenada con plena significación. Los conceptos de la naturaleza de las cosas *se refieren a una situación ya vital, per se, que tiene o está dotada de sentido y que tiende a una ordenación de un modo natural*. También con una orientación útil, aunque reconociendo que la noción de la naturaleza de las cosas es vaga y que no ha sido analizada suficientemente, se encuentra Norberto Bobbio. Para él hay que partir de la relación entre medio-fin, que en el fondo presupone el principio fundamental enunciado por Jhering de que el fin es el creador de todo el derecho. Para el jurista, dice, *la naturaleza de un objeto* es la posibilidad que tiene de ser empleado como medio para alcanzar ciertos fines; *la naturaleza de un sujeto* es su capacidad de cumplir ciertas acciones para conseguir determinados fines; *la naturaleza de un comportamiento* es su capacidad de lograr ciertos fines, y *la naturaleza de una institución no es otra cosa que su función económica social*. La regla fundamental en la cual se inspira el jurista para crear nuevas normas basadas en la naturaleza de las cosas es la siguiente: si un cierto fin es obligatorio, precisa considerar como obligatorio todos los medios objetivamente adecuados para alcanzar este fin”.⁽¹⁹⁾

Para Pipier:

“... lo que se quiere decir con la expresión **verdad de las cosas** es realmente esa misma relación de identidad (entre cosa y conocimiento, entre *res* e *intellectus*): sobre ello se basa y constituye la verdad de una frase, asentándose en las cosas —en la *res*—, en la realidad objetiva; por ejemplo, en todas las obras técnicas y artísticas realizadas según un proyecto o boceto humano, siendo lo que son en virtud de su correspondencia con el modelo (boceto u original) en el espíritu creador del artífice”.⁽²⁰⁾

Y Arcila Montoya referenciando a Geny nos marca:

¹⁸ Oportunamente citado, páginas 61, 61 y 67.

¹⁹ Oportunamente citado, páginas 16 y 17.

²⁰ Pipier, Josef; “La verdad de las cosas, concepto olvidado”, Revista Electrónica Humanitas, <http://humanitas.cl/biblioteca/articulos/d0178/> Chile, página 4.

“Las fuentes reales o materiales son los fundamentos de todo sistema jurídico que están constituidos por una realidad dada. Esta realidad está integrada por un conjunto de datos o factores reales o naturales, históricos, racionales e ideales.

Los factores reales o naturales están constituidos por realidades físicas, biológicas, psicológicas, económicas, políticas y sociales que determinan o intervienen en la creación del derecho. Los factores históricos están constituidos por lo que el hombre ha hecho en materia de regulación jurídica, de las relaciones sociales y son entonces las costumbres y las normas jurídicas del pasado. Los factores racionales son las reglas del derecho natural racionalista. Los factores ideales están constituidos por las aspiraciones humanas ético-sociales. Son las direcciones que deben seguirse en el futuro y se manifiestan como inclinaciones, sugerencias, deseos, anhelos y afanes....

Toda norma jurídica abstracta no es más que la tentativa de proponer una valoración materialmente correcta y humanamente justa de unos hechos jurídicos, y es vinculante tan sólo cuando consigue captar íntimamente de modo correcto estos hechos. Por eso el juicio hipotético contenido en la norma queda siempre subordinado a la condición de que el deber ser, predibujado por la regla jurídica abstracta, esté en concordancia con el deber ser exigido por la índole de derecho jurídico concreto: índole determinada por la naturaleza de las cosas”.⁽²¹⁾

Morales Chávez nos señala, citando a Montesquiu, que el autor citado:

“Está en condiciones de sostener y demostrar que las leyes no provienen de la naturaleza, ni de la naturaleza particular del hombre, sino de la sociedad. ...considera que la naturaleza es fundamentalmente la acción de los hombres entre sí, y esto, cambia el sustento clásico del derecho natural.

Pero es necesario tener presente que la Ilustración, desde sus orígenes, ha mantenido sin oposición ni diferencias, que el concepto de ley es incomprendible si se le separa del concepto de sociedad.

Los hechos irrumpen en la vida teórica y práctica con su legendaria contundencia. Tal como se les considera ahora, su especificidad indica que no permanecen inmutables y que en su contingencia está la clave de su comprensión”.⁽²²⁾

Agregádonos Arcila Montoya:

“Más, esas tendencias e inclinaciones originadas en su naturaleza constitutiva tienen que adaptarse a lo que podemos llamar las transformaciones sociales, esto es, a la diversidad de medios y factores nuevos que intervienen tanto en la vida social como individual. Así, las cosas suministran datos para la elaboración del derecho. Estos datos se ordenan o colocan en función de lo que es el hombre, particularmente de su razón, que los impregna de valor, para que sirvan al ordenamiento jurídico. Por ello, la razón construye la regla según lo que es el hombre adobado con el agregado dado por la naturaleza de las cosas”.⁽²³⁾

Marcádonos Arcila Montoya:

“Pero el hombre concebido como integrante de una sociedad, su hacer o no hacer se rige por normas o reglas de conducta, que a modo de juicios normativos imponen deberes o conceden derechos, pero he aquí la gran diferencia: mientras los fenómenos naturales se cumplen

²¹ Oportunamente citado, página 17.

²² Morales Chávez, José Edgar; “El Espíritu de las Leyes”, ensayo, México (D. F.), México, p. 1
<http://www.monografias.com/trabajos/espirituleyes/espirituleyes.shtml>

²³ Oportunamente citado, página 18.

fatalmente, las normas regidas por el deber ser se pueden cumplir o no, porque están dirigidas a seres dotados de albedrío, capaces de violarlas, de ello deriva su positividad, su observancia o no de la norma, no resta validez a la misma, mientras en la ley natural su validez depende de la confirmación por la experiencia.

Cuando se acuñó la frase Teoría de la Naturaleza de las Cosas, se dotó de un instrumento al funcionario que aplica la ley, basado en el pensamiento de Aristóteles, que concibió al legislador impotente para regular todos los casos, correspondiendo a aquél obrar con equidad, moderación y buen sentido. El aforismo **Dura Lex**, debe ser superado porque si las normas del deber ser, deben ser informadas de la posibilidad, a ellas se les debe de adaptar de tal manera que consulten la naturaleza de las cosas que incluyen las limitaciones del individuo que abarcan desde lo físico, lo moral, intelectual y volitivo". (24)

Para Montesquiu:

"Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas". (25)

Y Kant nos agrega:

"Todo en la naturaleza, tanto en el mundo inanimado como en el vivo, acontece según reglas, aunque estas reglas no sean siempre conocidas por nosotros". (26)

Para Rawls:

"En el caso de la promesa, la norma fundamental es la que origina el uso de la frase prometo hacer. Esta frase se interpreta comúnmente de la siguiente manera: si una persona dice las palabras prometo hacer x en las circunstancias apropiadas, efectivamente ha de hacer x, a menos que se den ciertas condiciones que lo excusen.

No es en sí misma un principio moral, sino un convenio constitutivo, en este aspecto se equipara a las normas legales, a las leyes y a las reglas de los juegos, y tal norma existe en una sociedad, cuando se plantea con cierta regularidad.

El modo en que la regla de prometer especifica las circunstancias apropiadas y las condiciones que excusan de su cumplimiento, determina si la práctica que representa es justa. Por ejemplo, para hacer una promesa obligatoria, hemos de ser plenamente conscientes, considerarlo de un modo racional, y conocer el significado de las palabras operativas, su función en una promesa, etc. Además, estas palabras han de ser expuestas libre o voluntariamente, no estando sujetos a amenazas o coacciones, y en situaciones en la que nuestra posición en el convenio sea, por así decirlo, razonablemente justa.

Una persona no está obligada a cumplir la promesa, si las palabras operativas son pronunciadas mientras duerme, o si incurrió en error, o si fue obligado a hacer la promesa, o si le fue negada con engaño la información pertinente".

"Una promesa bona fide es la que se produce de acuerdo con la regla de prometer, cuando la práctica que representa es justa.

El principio de fidelidad es un principio moral, es una consecuencia del principio de imparcialidad".

²⁴ Oportunamente citado, página 19.

²⁵ Oportunamente citado, página 2.

²⁶ Oportunamente citado, página 2.

“Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el estado actual de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia. Al tratar de distinguir estos límites, nos acercamos al complicado problema del deber y la obligación política. La dificultad reside en parte en el hecho de que en estos casos hay un conflicto de principios. Algunos principios aconsejan la obediencia, mientras que otros nos aconsejan lo contrario. Por tanto, las exigencias del deber y de la obligación política han de ser examinadas a través de una concepción de las prioridades adecuadas”.

“El que la desobediencia esté justificada depende de la extensión que alcance la injusticia de las leyes y de las instituciones.

Hay dos caminos a través de los cuales puede producirse la injusticia: los acuerdos existentes pueden diferir en varios grados de las normas públicamente aceptadas, que son más o menos justas, o puede que estos acuerdos se adecuen a la concepción de la justicia que tenga una sociedad, o al punto de vista de la clase dominante, pero esta concepción puede ser irracional por sí misma, y en muchos casos claramente injusta”. (27)

Y concluye Morales Chávez, que:

“El espíritu de las leyes está constituido por un conjunto de verdades teóricas y prácticas que derivando de la sociedad vuelven a la sociedad de otra manera, en un estuario de desajustes, un desafío a la sociedad y al hombre social que ambos deben resolver, de ese espíritu de las leyes así constituido, ha de surgir la ley y sus leyes, derivando y consolidando a la vez su origen en la sociedad, es decir en lo común”. (28)

4. Conclusiones

La responsabilidad social en las empresas y en las entidades financieras debe evitar situaciones de abuso en las relaciones contractuales de buena fe y atender a la claridad de la información brindada a través de los medios y campañas de publicidad en las que desarrollan su “marketing” institucional.

Después de la crisis sufrida en la Argentina a partir de fines de 2001, que incidió en los proyectos de vida y en la salud de los consumidores, en la actualidad las nuevas normativas, ONGs y Organismos Gubernamentales tratan de ejercer un contralor para evitar su reiteración.

Hoy en día con el avance de la responsabilidad social y la comunidad se busca una respuesta restauradora y reparadora para todos los afectados, a lo que apunta la modificación de la ley de defensa del consumidor.

²⁷ Oportunamente citado, páginas 385, 386, 391 y 393.

²⁸ Oportunamente citado, página 3.