

Pontificia Universidad Católica Argentina

“Santa María de los Buenos Aires”

Departamento de Posgrado

Maestría en Derecho Civil Patrimonial

Trabajo Final Integrador

Maestrando: Guillermo Feo Carrizo

Director: Dr. Fernando Shina

TÍTULO:

La capacidad de los adolescentes en los contratos de consumo

INDICE

I INTRODUCCION

planteo de la cuestión

II BREVES REFERENCIAS HISTORICAS

a. la lex pleatoria

b. la capacidad contractual en el derecho histórico español

III LA CAPACIDAD EN GENERAL

a. la capacidad en el Código Civil de Vélez Sarsfield

b. los elementos de la voluntad

1. el discernimiento

2. la libertad

3. la intención

c. la capacidad en la Convención sobre los Derechos del Niño

d. la capacidad en el Código Civil y Comercial

IV LA CAPACIDAD PARA ACTOS PATRIMONIALES

a. la capacidad para actos patrimoniales en el Código Civil de Vélez Sarsfield

b. la capacidad para actos patrimoniales en el Proyecto de 1998

c. la capacidad para actos patrimoniales en el Código Civil y Comercial

V DEL MENOR ADULTO AL CONCEPTO DE ADOLESCENTE

a. La persona menor de edad ante el derecho del consumidor

b. las pruebas PISA en la Argentina

c. el derecho a la información

d. la contratación por tarjetas bancarias, *e commerce* y plataformas digitales

- e. la protección de las normas sobre derechos del consumidor
- f. la protección del vicio de lesión

VI CONCLUSIONES

VII BIBLIOGRAFIA

I INTRODUCCION

planteo de la cuestión

A partir de la aparición de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), surge un nuevo paradigma que promueve la consideración de los menores como sujetos de derechos, con la finalidad que estos ejerzan un rol activo en las decisiones que los afectan introduciendo lo que se denomina el principio de autonomía progresiva (art. 5°). Se pretende que el impedimento legal para el ejercicio de los derechos no sea superior a su inmadurez intelectual. Se intenta dejar atrás el sistema clásico de sustitución de la voluntad con representación legal. En él se establecen edades fijas para adquirir la capacidad de hecho o de ejercicio. Este sistema, de representación legal, no acompañaba el desarrollo de las facultades intelectuales, teniendo en cuenta que el Código Civil de Vélez ya a los 14 años no suponía la falta de discernimiento (art. 921). En este trabajo también analizaremos los elementos internos de la voluntad desde una perspectiva interdisciplinaria.

Con la reforma constitucional de 1994, la CDN adquiere jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), y surge la necesidad de adecuar las normas de derecho interno a la Convención.

En 2005 se dictó la Ley 26.061 de Protección integral de Niñas, niños y adolescentes, reiterando los principios de la Convención. La consideración primordial es el interés superior del niño, del cual se deriva como consecuencia el respeto por su consideración de sujeto de derecho, el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.

El Código Civil y Comercial sancionado en 2014 flexibilizó las normas sobre incapacidad de ejercicio. La persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Puede intervenir con asistencia letrada y tiene derecho a ser oído en todos los asuntos que lo afecten. Al introducir la madurez como elemento para tener en cuenta al determinar la capacidad, examinaremos el discernimiento como criterio fundamental para determinar la capacidad. Entendemos que referirnos al discernimiento implica estudiar el proceso interno de toma de decisiones.

El artículo 26 del nuevo código incorporó la capacidad de ejercicio para los adolescentes en relación a los actos médicos, respecto de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, en cuyo caso necesitará la asistencia de sus progenitores.

Nos proponemos determinar cómo impacta este principio de autonomía progresiva cuando se traslada a los actos patrimoniales, en los cuales está en juego además

la seguridad en el tráfico jurídico. El artículo 684 del CCCN introdujo la posibilidad de los adolescentes de celebrar por sí contratos de escasa cuantía. Es necesario plantear si estos contratos son los denominados de consumo en el marco de la autonomía progresiva.

En este sentido, intentaremos precisar si las normas sobre el derecho del consumidor brindan una protección adecuada a los adolescentes, que justifique el reconocimiento de su plena capacidad de ejercicio para dichos actos, sin que sea necesario recurrir a la asistencia de los progenitores.

En el caso de un desequilibrio en el contrato, si alcanza con recurrir al vicio de lesión por inexperiencia como medio de protección, para lograr la nulidad o modificación en el caso de una negociación por productos defectuosos.

El principio de autonomía progresiva se sustenta en un criterio flexible fundado en el discernimiento, por lo que, como mencionamos, nos disponemos a profundizar en dicho concepto.

En el marco de la constitucionalización del derecho privado basado en los Derechos Humanos, los principios que contienen las convenciones sobre capacidad avanzan hacia el criterio de la competencia para realizar por sí los actos jurídicos. Se funda en la idea de igualdad y en el principio de no discriminación. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad da lugar al modelo social de discapacidad, refiriendo que es la sociedad quien tiene que remover los obstáculos para posibilitar una participación plena de todos en condiciones de igualdad. La incapacidad sin falta de discernimiento, madurez o desarrollo intelectual viola el principio de igualdad¹. Debemos ajustar este principio a las reglas sobre capacidad para los actos patrimoniales. Aquí está en juego la protección del patrimonio del menor, pero al mismo tiempo, también la seguridad en el tráfico jurídico.

El derecho de las personas a tomar decisiones sobre su vida en las mismas condiciones que los demás es sin duda, la aplicación del principio de igualdad. Es el derecho a ejercer por sí mismos los derechos. Este juego de palabras, surge de la necesidad de interpretar a todas las fuentes de nuestro derecho de forma coherente como lo exige el art. 1° de nuestro Código Civil y Comercial.

En este sentido, no podemos dejar de referirnos a la diferencia entre la edad en que se adquiere la capacidad de ejercicio, y la que se adquiere el discernimiento para los actos lícitos en el Código de Vélez. El Código Civil y Comercial da un

¹ HERRERA, Marisa *ENSAYO PARA PENSAR UNA RELACIÓN COMPLEJA: SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CAPACIDAD CIVIL Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL DERECHO ARGENTINO*. Acceso en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf.

paso más, estableciendo un sistema de capacidad de ejercicio progresiva, partiendo de la regla de la incapacidad (art. 26 primer párrafo).

Lo que importa considerar, es si la incapacidad de protección establecida en los arts. 24 y 25 del CCCN es necesaria para los contratos de consumo celebrados por adolescentes. Resulta imprescindible determinar hasta que punto puede flexibilizarse el sistema de incapacidad, teniendo en cuenta la capacidad de juicio de los adolescentes.

II BREVES REFERENCIAS HISTÓRICAS

a. la lex pleatoria

La capacidad progresiva no es un sistema nuevo. En el derecho romano los menores *sui iuris* tenían capacidad para determinados actos. Los infantes, reconociendo como tales a los menores de 7 años, carecían de capacidad para cualquier acto. Aquellos que eran mayores a los 7 años, y hasta la pubertad, a partir de la segunda mitad del siglo II antes de Cristo, se subdividían en próximos a la infancia *infanti proximi*, y próximos a la pubertad *pubertati proximi*. El menor era sustituido en la realización de los actos jurídicos por el tutor. Los próximos a la pubertad podían realizar actos jurídicos sin el consentimiento del tutor, si les eran favorables obligando a otras personas. Para contraer obligaciones, era indispensable la autorización del tutor. El infante carecía de capacidad para transmitir la propiedad de sus bienes, y en general de todos los actos que impliquen asunción de responsabilidades sin la intervención del tutor.

La capacidad se adquiría al llegar a la pubertad, cuando había capacidad para procrear, que era constatada mediante una *inspectio corporis*, opinión de la escuela Sabiniana para los varones, y para las mujeres a los doce años según una regla impuesta por los usos y costumbres². Por otra parte, la escuela de los Proculeyanos, sostenía el criterio de debía establecerse una edad determinada: 14 años para todos. Justiniano se inclinó por esta última opinión, pero estableciendo la edad de 14 años para los varones y 12 para las mujeres.

Hacia fines del siglo III, y principios del II a.c. las guerras púnicas el aumento del comercio provocaron la necesidad de una modificación en la plena capacidad otorgada a quienes alcanzaban la pubertad. Se sancionó la Ley Pletoria, que condenaba a quien hubiese contratado con un menor de 25 años que hubiese sido inducido mediante engaño a celebrar el negocio, con una suma que constituía una penalidad, dejando subsistente el negocio. Para complementar la ley, los pretores concedieron, al menor de 25 años, una excepción frente a una acción por incumplimiento contractual. Otro de los mecanismos de protección para los menores de 25 años, fue la *restitutio in integrum*. Estas normas suponían dificultades para la intervención de los menores en el tráfico comercial, por tal motivo se le permitía al menor nombrar un *curator minoris*, mayor de 25 años, para asistirlo en actos patrimoniales. Señala Facco que la Ley Pletoria en la práctica, elevó la minoría de edad hasta los 25 años³.

Para solucionar estos problemas, durante el Principado, se creó el instituto de la *venia aetatis* a los 20 años para los varones, y 18 para las mujeres, edad a partir

² FACCO, Javier Humberto, *Menores impúberes y adultos. La reciente Reforma del Código Civil*, publicado en LA LEY 23/03/2010. TR LA LEY AR/DOC/990/2010, p 2

³ FACCO, *op cit* p 3

de la cual no tenían la necesidad de ser asistidos por un curador, ni obtener la *restitutio in integrum*.

b. la capacidad contractual en el derecho histórico español

A los huérfanos mayores de 14 años y menos de 25, edad en la cual fue establecida la mayoría de edad, se les nombraba un curador para que los asista en la celebración de actos jurídicos, aunque debía estar presente la conformidad del menor. También se le reconocía la protección de la *restitutio in integrum*, cuando el mayor de 14 años y menor de 25 careciera de curador y se obligase, y resulte probado el daño a su patrimonio. Las leyes de las Siete Partidas continuaron con reglas similares sobre capacidad vigentes en el derecho romano, y fueron el antecedente inmediato del *Esboço* de Freitas, fuente de nuestro Código Civil⁴. Las fuentes históricas son mencionadas en la nota al artículo 921 del Código Civil de Vélez Sarsfield, como así también el codificador expresa la conveniencia de emanciparse de las antiguas clasificaciones: “*que no tienen un fundamento general para los individuos de todas las naciones*”.

En el derecho español moderno, se abandona la distinción entre infantes y púberes, cobrando relevancia la clasificación menores y mayores de edad, quedando los primeros sujetos al sistema de la representación legal.

⁴ *Ibidem*

III LA CAPACIDAD EN GENERAL

La doctrina tradicional ubica a la capacidad entre los atributos de la personalidad, conjuntamente con el nombre, el domicilio, el patrimonio, y el estado para las personas humanas. Al igual que estos últimos, cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad y a determinar al ente individual en su personalidad⁵. La capacidad como categoría abstracta, era la aptitud de la persona para ser titular de relaciones jurídicas⁶. Sin embargo, las personas humanas para poder actuar por sí mismas realizando actos o negocios jurídicos, debían contar con la denominada capacidad de hecho, de lo contrario intervenía por ellas un representante legal.

La ausencia de capacidad, o incapacidad, en ambos supuestos tiene diferente fundamento. Las incapacidades de derecho tienen su razón de ser en el resguardo de intereses ajenos a quien la padece y no se suple por la representación legal. Por el contrario, hay incapaces de hecho en razón de una insuficiencia psicológica para el ejercicio de los derechos, para la protección de los intereses de quien la padece.

La incapacidad de hecho, o de ejercicio, ha sido establecida a favor de la persona incapaz, para su protección. La protección se completa con la institución de un representante legal para sustituir la voluntad de la persona incapaz, y obrar a nombre de ésta por su propia iniciativa. Se trata de una representación legal y necesaria⁷. Quienes ejercen la función de representación de los menores, son los padres. En ausencia de los mismos, la desempeña el tutor que se les nombre. En el caso de transgresión a la incapacidad, se sanciona con la nulidad relativa de los actos celebrados por el incapaz. Existe un control del ejercicio de la representación por parte del Ministerio Público, quien es parte necesaria en todo litigio que involucre intereses de los menores. También existe control judicial, dado que se exige autorización del juez para disponer de los bienes del hijo.

A diferencia del sistema de representación legal, encontramos el sistema de asistencia, mediante el cual, el titular no es desplazado y sustituido por otro en el ejercicio de sus derechos. En la asistencia, la voluntad del titular es complementada por la de otra persona que ejerce una función de contralor, prestando conformidad para el acto. En la actualidad, quien desempeña esa tarea se le denomina apoyo para quienes tienen restringida su capacidad por sentencia judicial. No es una institución nueva, pues ya era conocida en el derecho romano, como lo mencionamos en el punto II. Así, la iniciativa la conserva el titular del derecho, quien toma la decisión de realizar o no el acto, pero para hacerlo, necesitará la conformidad de quien cumpla esa función, que en el caso de los menores serán los progenitores, o en su defecto, el tutor que se les nombre.

⁵ LLAMBIAS, *Tratado de DERECHO CIVIL PARTE GENERAL*, TOMO I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 292

⁶ *Ibidem* p. 390

⁷ LLAMBIAS, *op cit* p. 421

a. la capacidad en el Código Civil de Vélez Sarsfield

En el Código de Vélez, había dos clasificaciones de menores: impúberes (art. 54 C.C.), y menores adultos (art. 55). Respecto del primer artículo, los impúberes eran incapaces de hecho absolutos, en consecuencia, no podían ejercer por sí ningún acto jurídico, y estaban sujetos a la representación legal.

La idea romana de la pubertad como criterio no desaparecía completamente, aunque no para reconocer capacidad de ejercicio completa, sino para determinados actos. Como veremos, en el derecho moderno, el fundamento para el reconocimiento de la capacidad es la madurez intelectual, y no el desarrollo físico o la aptitud para procrear.

A los menores adultos (púberes), mencionados en el artículo 55, Vélez los consideraba *incapaces respecto de ciertos actos, o del modo de ejercerlos*; al igual que las mujeres casadas. Con la sanción de la ley 17.711, la fórmula se invirtió: *sólo tenían capacidad para los actos que la ley les autorizaba otorgar* (art 55 reformado), siendo mas restrictiva que la anterior porque parte de una condición básica de incapacidad.

Esta clasificación fue muy criticada por la doctrina (Llambías, Borda) por no responder a la realidad jurídica, y porque ambos carecían de capacidad (la incapacidad cesaba a los 22 años, luego la ley 17.711 la estableció a los 21). Como se mencionó, la distinción es un resabio del derecho romano.

La capacidad de hecho era un atributo de todas las personas que Vélez denominaba *de existencia visible* (personas humanas), que no hubiesen estado *expresamente declarados incapaces* (art. 52 CC). La capacidad de hecho era la aptitud legal de realizar por sí actos jurídicos, y la incapacidad era un sistema de protección a la persona y a su patrimonio, y tenía su fundamento en la insuficiencia psicológica para la realización por sí de los actos jurídicos, que según se estimaba, en abstracto, podía provocar un perjuicio a la persona o a sus bienes.

Vélez desarrolla en el Libro II, sección segunda, título I la teoría de los hechos y actos jurídicos. Desde lo general a lo particular, los hechos humanos (actos) son los que son ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897), requisitos internos a los que sumamos la manifestación de la voluntad mediante un hecho exterior (art. 913). El discernimiento es la aptitud para formar un juicio y tomar decisiones, tener la posibilidad de representarse el acto y sus consecuencias. Para Borda es *“una aptitud elemental para comprender el significado del acto”*⁸. Señala Cifuentes que se define al discernimiento como *“la*

⁸ BORDA Guillermo A. *MANUAL DE DERECHO CIVIL Parte General*, Editorial Perrot, Decimoctava edición actualizada, Buenos Aires, 1986, p 394

*cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente*⁹. Agrega Cifuentes que quedan en el camino otras situaciones, motivo por el cual este concepto se torna impreciso. En síntesis, como señala Llambías, el discernimiento “*es la versión jurídica de esa potencia del alma humana que los filósofos denominan “entendimiento” o “inteligencia”*”¹⁰.

Afirma Rivera, citando a Freitas, la fuente del Código de Vélez, que el discernimiento es la facultad de conocer en general, y que es la facultad que suministra motivos a la voluntad en todas sus deliberaciones¹¹. Agrega que hay dos sistemas, establecido por el derecho francés, que atiende a cada sujeto en particular, y otro de tipo rígido, en virtud del cual el Código le asigna o no discernimiento mediante presunciones en base a la edad y a la salud mental. El Código simplifica el problema estableciendo criterios rígidos respecto de los menores de edad, sobre los actos que se consideran hechos sin discernimiento: los actos lícitos practicados por menores impúberes, y los actos ilícitos por menores de diez años (art. 921). Este artículo es necesario, según Borda, por lo que considera un error en el planteo del modelo de acto voluntario¹². Sobre este punto retomaremos el análisis.

La intención es otro de los elementos internos de la voluntad, al que se lo caracteriza como el discernimiento aplicado respecto a un acto concreto. No debe ser confundido con la voluntad misma como señala Cifuentes, dado que los tres elementos internos de la voluntad cumplen una función independiente e integradora, pero si en uno de esos tres elementos internos de la voluntad, esta puede resumirse, sin duda es en la intención, que implica necesariamente la existencia de los otros dos. El error y el dolo son los vicios que afectan la intención. Además, parte de la doctrina¹³ sostiene que la lesión subjetiva, en algunos casos, puede constituir un vicio de la intención.

El tercer elemento interno de la voluntad es la libertad, que es, según Savigny, la facultad de elección entre muchas determinaciones. Son vicios de la libertad la violencia, tanto física como moral, también el estado de necesidad, origine o no lesión subjetiva.

A estos tres elementos se le agrega, como mencionamos, la manifestación de la voluntad, que puede ser expresa o tácita. Este es un requisito indispensable para que la voluntad pueda ser relevante, dado que el derecho juzga conductas en cuanto trasciende.

⁹ CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Astrea, 2ª. edición, Buenos Aires, 2004, p. 47

¹⁰ LLAMBÍAS *op cit* Tomo II p. 257

¹¹ RIVERA Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General – Tomo II* - Tercera Edición actualizada, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Prov. de Bs. As. 2004 p 437

¹² BORDA *op cit* p 397

¹³ CIFUENTES *op cit* p. 53

Para referirnos a la capacidad, debemos ingresar en la teoría de los actos jurídicos, o como los denomina Cifuentes negocios jurídicos. Es un concepto más amplio que el de contrato, que incluye declaraciones unilaterales de la voluntad no solamente patrimoniales, también actos familiares o testamentarios. El acto jurídico es el instrumento mediante el cual se ejerce la libertad en el ámbito privado tendiente al logro de fines jurídicos.

El acto jurídico, era definido en el Código Civil en el art. 944 como el acto voluntario lícito *que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*. Se trata de una especie del género hecho jurídico. Es un hecho humano, voluntario, lícito, al que se le suma el propósito de producir efectos jurídicos del sujeto, los cuales se los describe en el artículo citado. Esta última nota característica es la que los distingue de los simples actos lícitos (art. 899), en los cuales ese propósito de producir los efectos jurídicos está ausente. Para que un acto sea considerado voluntario debía ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad (art. 897 CC). La intención y la libertad eran apreciados en concreto en el acto en cuestión, mientras que para el discernimiento se establecían presunciones que no admitían prueba en contrario (art. 921 CC). Un acto lícito era considerado realizado con discernimiento a los catorce años, y si no estaba afectada en concreto la intención ni la libertad, era voluntario. Sin embargo, un acto voluntario en los términos del 897 del CC no alcanzaba para constituir un acto jurídico válido por ausencia de capacidad (art. 54 y 1040 CC). La capacidad de obrar se alcanzaba a los veintidós años. Desde 1968, con la sanción de la ley 17.711 pasó a ser a los veintiún años, y finalmente en 2009 fue establecida en los dieciocho (ley 26.579). En consecuencia, la voluntariedad del acto es apreciada en concreto mientras que la madurez para cambiar el estado de su derecho lo es en abstracto, y a partir de edades diferentes. Entonces, el nivel de madurez exigido para un acto simplemente voluntario no es el mismo que para los actos jurídicos, para los cuales se requiere un fin inmediato de producir efectos jurídicos.

En el esquema de Vélez Sarsfield, tanto los menores impúberes, como los menores adultos estaban sujetos al régimen de patria potestad (art. 264 y ss) hasta la mayoría de edad, o su emancipación. Se caracterizaba a la patria potestad como el conjunto de derechos que las leyes les conceden a los padres.

Este régimen implicaba que los menores de edad estaban bajo el poder y la autoridad de sus padres. Estos debían criarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de ellos y los de la madre, sino con los suyos propios, elegir la profesión que habían de tener (art. 264). El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos correspondía al padre, y a falta de este, a la madre (art. 266). Respecto de los hijos naturales, el ejercicio correspondía a la madre, o al que reconozca al hijo, o al que haya sido declarado su padre o su madre (art. 264). Esta situación cambió con el dictado de la ley 23.264, que

determinó el ejercicio conjunto de la patria potestad para el padre y madre en el caso de los hijos matrimoniales. En caso de divorcio, quien ejerza la tenencia.

En el ámbito patrimonial, los padres ejercían la representación legal, pudiendo celebrar cualquier contrato a nombre de los hijos dentro de los límites de la administración señalados en el código (art. 274), y podían estar en juicio a nombre de ellos como actores y demandados.

El Código Civil de Vélez preveía la nulidad de los actos jurídicos celebrados por incapaces de hecho. El artículo 1041 rezaba: “*Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria*”. La nota al artículo confirma que la norma se refiere a los incapaces de hecho absolutos: los menores impúberes, los dementes, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54 CC). A continuación, el artículo 1042: “*Son también nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez, o de un representante necesario*”. La nota a este artículo refiere: “Como las mujeres casadas, los menores emancipados respecto de algunos actos, los religiosos, comerciantes fallidos, los tutores y curadores, respecto de actos determinados”. La nota omitió a los menores adultos, aunque podríamos considerar que no era taxativa y que estaban incluidos en la misma categoría de las mujeres casadas, no siendo necesario nombrarlos, quedando comprendidos en lo dispuesto en el artículo 1042 todos los menores adultos¹⁴. La nulidad era relativa porque está en juego solamente el interés del incapaz, aunque el codificador no lo aclaró en el texto de los artículos, sino en sus notas (por ejemplo, la nota al artículo 1065 CC).

b. los elementos de la voluntad

1. el discernimiento

El ya mencionado artículo 897 del Código Civil de Vélez establece que los hechos “*se juzgan*” voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad”. Lo complementa el art. 900 al disponer que los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por si obligación alguna. El codificador no se preocupó por desarrollar conceptualmente los tres elementos internos de la voluntad en una nota al artículo. Como se trataba de la regla, entendemos que no lo consideró necesario. En cambio, estimó fundamental enumerar los supuestos de hechos que se reputan ejecutados “sin discernimiento” en el art. 921. El codificador estableció que, fuera de los casos del artículo mencionado, todos los actos son voluntarios, lo cual es una ficción jurídica.

¹⁴ CIFUENTES, *op cit* p 757

El art. 260 del CCCN es la nueva versión del art. 897 del antiguo CC, y dice que el acto voluntario “es” el ejecutado con discernimiento, libertad e intención, que se manifiesta por un hecho exterior.

El Código Civil y Comercial en su artículo 261 enumera a los actos involuntarios por falta de discernimiento, de la misma manera que el art. 921 del Código Civil con una redacción mejorada, estableciendo el discernimiento para los actos lícitos a los trece años, y agrega sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales, dando cierta flexibilidad al criterio. La baja de la edad en un año en la aptitud para discernir en los actos lícitos en relación al código anterior, según Tobías puede fundamentarse en una razonable suposición acerca de la evolución de la madurez de los menores de edad en las sociedades actuales respecto de épocas anteriores, y a la luz del principio del interés superior del niño avanzar en una mayor autonomía¹⁵. Sin embargo, el autor advierte sobre la necesidad del menor de edad de una preparación mayor para lograr una autonomía económica, dada la complejidad que el mundo actúa requiere.

El discernimiento, en tanto aptitud para formar un juicio y tomar decisiones, tener la posibilidad de representarse el acto y sus consecuencias, tal como nos referimos a él en el punto III a., al igual que en el modelo de Vélez, se presume. Para Borda, el discernimiento es una noción inútil en el plano del derecho¹⁶, y entiende que el derecho no debe entrar a juzgar si ha existido o no discernimiento, sino en materia de actos lícitos, solamente fijar la edad a partir de la cual se tiene capacidad para realizarlos. El mismo autor reconoce como arbitrario desde el punto de vista psicológico fijar una sola edad para atribuir discernimiento a las personas sin consideración del desarrollo mental de cada ser ni la complejidad del acto en cuestión¹⁷. Cita ejemplos de actos que el mismo código reconoce válidos realizados por personas que según el art. 921 carecían de discernimiento.

Este esquema supone individuos tomando siempre decisiones de manera racional en su propio interés. Durante el siglo XX, diversos estudios científicos dan cuenta de que el proceso de formación de las decisiones humanas, exceden el campo de la racionalidad pura, sino que influyen otras cuestiones a considerar, como la incertidumbre y los marcos cognoscitivos en que el problema se presenta. El discernimiento como aptitud para formar juicios y tomar decisiones, supone la posibilidad de predecir las consecuencias de nuestros actos, y comprender el alcance de nuestra responsabilidad en ellas. Diversos autores, en el campo de la psicología comenzaron a estudiar en el siglo pasado como trabaja la mente, y en especial el tipo de pensamiento intuitivo, que puede conducir a errores. La

¹⁵ TOBIÁS JOSÉ W. *TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL TOMO III*, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, p 134

¹⁷ BORDA *op cit* p 397

intuición estudiada por Herbert Simon, la da el acceso a la información almacenada en la memoria, el reconocimiento¹⁸. Los seres humanos debemos tomar decisiones con limitaciones de información y tiempo, y el conjunto de técnicas y métodos utilizados para resolver problemas se denomina heurística. Estos procedimientos permiten que, con las limitaciones mencionadas, se pueda transformar y resolver un problema de manera casi automática. Sin embargo, diferentes impresiones pueden llevarnos a pensamientos equivocados al momento de hacer juicios.

En esta parte de mi trabajo, seguiré al psicólogo premio nobel de economía Daniel Kahneman en su obra *Pensar rápido Pensar despacio*. En ella propone mejorar la capacidad de identificar y comprender errores de juicios y decisiones¹⁹. Es importante determinar cuál es el alcance de la noción de discernimiento mencionada a la luz de estas investigaciones que buscan diagnosticar, y plantean la posibilidad de intervenir para limitar el daño que pueden causar los malos juicios y las malas decisiones²⁰. El autor no busca analizar especialmente la influencia de las emociones como el miedo, odio o afecto en decisiones alejadas de la racionalidad, sino que su estudio está dirigido a buscar errores en el diseño del esquema de cognición de personas normales cuyo pensamiento no esté alterado por alguna emoción, en definitiva, errores producidos por sesgos cognitivos.

El tema en cuestión es determinar si los sesgos del pensamiento intuitivo estudiados por Kahneman pueden afectar los juicios de modo tal que pueda poner en discusión el concepto de discernimiento clásico de nuestro sistema, base del acto voluntario, en el que se apoya el acto jurídico.

Para el análisis, el autor citado describe dos sistemas de pensamiento, adoptando los términos *Sistema 1* y *Sistema 2*, propuestos por los psicólogos Keith Stanovich y Richard West²¹.

El sistema 1 es un modo de pensar automático, instantáneo, en el que nuestra maquinaria mental se pone en funcionamiento ejercitando destrezas que una práctica prolongada de respuesta a situaciones análogas, fijan en la memoria un patrón de ideas asociadas. Este proceso mental, señala Kahneman, ha aprendido a hacer asociaciones de ideas, y ese conocimiento es almacenado en la memoria para acceder a él sin esfuerzo.²² El sistema 1 es intuitivo, construye un modelo coherente que vincula circunstancias, acciones y consecuencias que se observan con alguna regularidad. A través de esas relaciones de ideas vamos construyendo individualmente una teoría de la normalidad, que nos permitirá predecir

¹⁸ KAHNEMAN Daniel, *Pensar rápido Pensar despacio*, Penguin Random house Grupo editorial, Buenos Aires 2019, p. 24

¹⁹ KAHNEMAN *op cit* p 14

²⁰ *Ibidem*

²¹ KAHNEMAN *op cit* p 35

²² KAHNEMAN *op cit* p 36

acontecimientos futuros que puedan afectarnos. Este método de pensamiento es muy eficiente, puede obtener respuestas rápidas con un mínimo esfuerzo. El tema en cuestión es determinar si la eficiencia y el mínimo esfuerzo pueden provocar una mala decisión que, bajo la apariencia de una solución plausible y coherente, pueda ser disvaliosa para quien la aplicó. Nos referimos al discernimiento en lo que concierne a su concepción como la aptitud de distinguir lo conveniente o inconveniente de sus definiciones clásicas. El discernimiento es lo que llamamos inteligencia, que no solamente es la capacidad de razonar, sino también la aptitud de encontrar en la memoria el material relevante que se necesita dirigiendo la atención cuando se necesita. La búsqueda en la memoria es función del sistema 1. Sin embargo, éste puede generar ilusiones cognitivas al ser automático²³. Kahneman los presenta como errores del pensamiento intuitivo frecuentemente difíciles de prevenir. A la luz de la postura psicológica sobre la voluntad de nuestro código, debemos evaluar si un juicio realizado por el sistema 1 responde al requisito de discernimiento exigido por el código.

El sistema 2 actúa para resolver problemas complejos que requieren un esfuerzo mental. El pensamiento es lento y deliberado, y requiere un trabajo de atención y concentración para la búsqueda en la memoria del material necesario para llegar a una solución. Este proceso tiene implicancias en lo físico, en el que la tarea mental va acompañada de reacciones físicas: los músculos se tensan, se dilatan las pupilas, las cuales vuelven a su diámetro normal al finalizar la tarea, según se ha observado²⁴. También un estudio encabezado por el psicólogo Roy Baumeister ha afirmado que el sistema nervioso consume mayor cantidad de glucosa que otras partes del cuerpo²⁵. El sistema 2 es prudente, sigue reglas, compara, y deliberadamente elige entre diferentes opciones.

Ambos sistemas actúan en forma coordinada, cada uno funciona en situaciones diferentes, y cuando lo cree necesario deriva el problema al otro sistema. El sistema 1, afirma Kahneman, ante una dificultad, convoca al sistema 2 cuando no encuentra una solución. Ante la posibilidad detectada de cometer un error, el sistema 1 apela al sistema 2. El autocontrol y la atención que exige la forma de pensamiento denominada sistema 2 provoca agotamiento, pero también requiere motivación para resistir el esfuerzo y la tensión mental²⁶.

Lo importante es precisar el concepto de discernimiento, si podemos afirmar que es inteligencia o racionalidad. Para Stanovich, citado por Kahneman, la racionalidad es una noción más acotada que la inteligencia. Una persona racional es lo que denomina una persona diligente, y un pensamiento irreflexivo, superficial o sesgado es una imperfección de una mente irreflexiva, y un fracaso de la

²³ KAHNEMAN *op cit* p 44

²⁴ KAHNEMAN *op cit* p 34

²⁵ KAHNEMAN *op cit* p 63

²⁶ KAHNEMAN *op cit* p 62

racionalidad²⁷. La falta de diligencia implica una pereza mental y una propensión a cometer errores de juicio. Ser diligente significa estar más alerta, desconfiar de las intuiciones, siempre poner en duda respuestas superficiales, utilizar más el sistema 2 ante un impulso, derivando al sistema 1 toda actividad que no merezca esfuerzo. La inteligencia debe estar primordialmente en enfocar la atención en el punto adecuado, seleccionando el aspecto que merezca mayor esfuerzo mental. Podría decirse que hay personas con una propensión mayor a cuestionar todo, que, sin duda utilizarán el sistema 2. En ellas sin duda influyen las emociones de miedo e inseguridad. En cambio, quienes son más confiados tienen propensión a pensar ejercitando el sistema 1. Este funciona asociando ideas rápidamente en la memoria, y la manera en que se dan estas asociaciones es un misterio, lo que revela lo poco que conocemos sobre nosotros mismos²⁸.

En investigaciones de la década de 1980, los psicólogos advirtieron que, al escuchar una palabra, se evocan otras palabras relacionadas²⁹. A este efecto lo denominó *priming*. Una investigación muestra los resultados del *priming*, En esta se concluye que, ante elementos que recuerdan al dinero, las personas están más dispuestas a tener actitudes egoístas, a no solicitar ayuda, y a sentirse autosuficientes³⁰.

Frente a un estímulo, rápidamente el sistema 1 detecta si existe una novedad que pueda provocar peligro, y sea necesario movilizar al sistema 2. En caso contrario, nos encontramos en un estado que Kahneman denomina facilidad cognitiva. Así, los pensamientos son superficiales cuando el estímulo se vincula con un elemento que resulta familiar en la memoria, porque recuerda a una experiencia anterior. Este proceso puede generar una ilusión de verdad solamente con una repetición frecuente³¹. También se mencionan otras fuentes de sensación de facilidad cognitiva, como la calidad de la letra y el tenor agradable de la prosa. El sistema 1 establece un modelo personal de normalidad basado en un patrón de ideas asociadas. Cuando se observan situaciones que se repiten se infiere causalidad física de las mismas. A ello se le da el nombre de "ilusión de causalidad"³². Cuando mediante intuiciones estadísticas se salta a las conclusiones, y hay probabilidad de que sean correctas, y los costos de un error ocasional son aceptables, podemos afirmar que esta mecánica del sistema 1 es eficiente³³. El sistema 1 tiene inclinación a creer y no dudar, como el sistema 2. La elección

²⁷ KAHNEMAN *op cit* p 71

²⁸ KAHNEMAN *op cit* p 74

²⁹ *Ibidem* p 75

³⁰ VOHS Kathleen D., MEAD Nicole L., GOODE Miranda R *The Psychological Consequences of Money*, *revista Science* 17 Nov 2006: Vol. 314, Issue 5802, pp. 1154-1156, DOI: 10.1126/science.1132491, acceso el 23-4-21 a las 11 05 hs en el sitio <https://science.sciencemag.org/content/314/5802/1154.full>

³¹ KAHNEMAN *op cit* p 88

³² KAHNEMAN *op cit* p 107

³³ KAHNEMAN *op cit* p 109

mental entre ambos sistemas dependerá de las variables tiempo para tomar una decisión, y energía disponible. El cansancio es un factor a tener en cuenta. En estudios realizados los participantes agotados terminaron considerando frases falsas como verdaderas³⁴. Puede concluirse que las personas cansadas son más susceptibles de ser influidas por mensajes publicitarios. El conocimiento de esta posibilidad hace posible ejercer una gran influencia sobre los juicios de los consumidores, favoreciendo la aceptación de sugerencias sin intentar refutar hipótesis. Hay una inclinación general a la confirmación, que se da en ambos sistemas.

La búsqueda de la coherencia en el pensamiento se advierte en el llamado efecto halo. Esa denominación es utilizada en psicología para referirse a la tendencia a evaluar de manera positiva o negativa en su totalidad³⁵. El sistema 1 trabaja con las limitaciones de tiempo, de energía e información escasa, y el efecto es un salto a las conclusiones sin tener en cuenta la información desconocida. Kahneman expone una serie de errores o sesgos que a continuación mencionaré.

Las dificultades que trae el desconocimiento de toda la información provocan que nuestra máquina asociativa utilice la estadística de modo intuitivo, cuando se toman pequeños números que no representan una muestra importante. Así el sistema 1 tiende a utilizar estas muestras para buscar relaciones de causalidad, cuando por el tamaño de la misma puede tratarse simplemente de aleatoriedad³⁶.

Uno de los aspectos que influye en los juicios es el llamado *efecto ancla*. Esto ocurre cuando se introduce un valor particular frente a una cantidad desconocida antes de estimar dicha cantidad. En experimentos se les solicita a las personas que estimen cantidades indeterminadas por arriba o debajo de ese valor dado. Este último se trata de un ancla, y mediante un proceso de ajuste hacia donde sabemos que está la dirección de la respuesta. Un ejemplo se da en el caso de haber comprado un inmueble cuyo costo parecerá más razonable si el precio fijado hubiese sido más alto.

Los seres humanos adoptamos comportamientos basándonos en los que observamos de otras personas. A este fenómeno Ariely y Kreisler lo llamaron *regarismo*³⁷. Se emite un juicio sobre alguna cuestión teniendo en cuenta el comportamiento de otras personas. Cuando se observa mucha gente en la fila para ingresar a algún restaurante o a algún comercio, se concluye que ofrecen bienes y servicios buenos y convenientes. Sin duda se trata de un modo de pensar que está comprendido en el mencionado sistema 1. El efecto “manada” puede provocarse cuando se reúne a varias personas para llamar la atención en un lugar. Al confiar en nuestro propio comportamiento, pensando en sistema 1, estas

³⁴ KAHNEMAN *op cit* p 111

³⁵ KAHNEMAN *op cit* p 112

³⁶ KAHNEMAN *op cit* p 155

³⁷ ARIELY, Dan, y KREISLER, Jeff, *Las trampas del dinero*, Editorial Ariel, Barcelona 2018 p 142

decisiones pueden generar un efecto ancla, o *autogregarismo*, como lo denominan Ariely y Kreisler, al ser la base de futuras decisiones³⁸.

Nuestras decisiones están influidas por la percepción valorativa que observamos en el precio de los bienes o servicios en el mercado. El discernimiento como facultad para distinguir lo justo de lo injusto de una oferta de bienes o servicios se vincula con el trabajo y el esfuerzo desplegado en el producto que se puede observar por parte del comprador. La valoración está dada por el esfuerzo que se percibe. Los autores Ariely y Kreisler, en la obra referida desarrollan el tema con ejemplos ilustrativos como el caso de un cerrajero que abre una puerta en dos minutos, mientras que otro lo haría en mayor tiempo y con mas esfuerzo. Si el precio fuese idéntico parecería caro quien pudo hacerlo sin esfuerzo, cuando el resultado fue el mismo, pero con una eficiencia mayor. Aseguran los autores que se valora más el esfuerzo que el resultado³⁹. Aquellas habilidades que se han adquirido con tiempo y esfuerzo no las tiene en cuenta el sistema 1 al momento de realizar un juicio rápido, sin investigar toda la información de la que no se dispone, como el esfuerzo para adquirir los conocimientos necesarios para desarrollar una actividad con una eficiencia óptima. En el futuro será un ancla sobre la cual se tomarán las futuras decisiones, ya que se confía en las decisiones pasadas. La madurez, y su consecuencia jurídica, que es la autonomía progresiva significa ir estableciendo anclas para la toma de decisiones. Las anclas conforman patrones de decisión para dar previsibilidad a los actos. En lo atinente a los menores de edad, y en especial a los adolescentes, en lo patrimonial, el sistema de autonomía progresiva busca la protección del patrimonio, y la formación de patrones de conducta que permitan el buen manejo de las variables como gasto, ahorro, inversión y endeudamiento.

2. la libertad

Nuestra tendencia a creer, a obviar cierta información recibida con una excesiva confianza en la fuente supone una influencia en nuestro comportamiento que puede provenir de estímulos generados a tal fin. Kahneman analiza al anclaje como efecto de un fenómeno que en psicología es conocido como *priming*⁴⁰. El ancla es una impresión y hace funcionar a la máquina asociativa, es un *priming* que causa una sugestión. En esta investigación se exponen influencias sobre nuestros juicios, y que éstas pueden ser conscientes o inconscientes. En el primero de los casos son condicionamientos que provocan dudas, y estimulan nuestro sistema 2. Sin embargo, cuando estas no son conscientes ignoramos

³⁸ ARIELY, Dan, y KREISLER, Jeff, *op cit* p 143

³⁹ ARIELY, Dan, y KREISLER, Jeff, *op cit* p 198

⁴⁰ KAHNEMAN *op cit* p 164

hasta qué punto condiciona nuestra forma de pensar, y nos hace preguntarnos si condiciona nuestros pensamientos, y si en qué medida somos libres⁴¹.

Los recuerdos que utilizamos como base para tomar nuestras decisiones pueden no reflejar con exactitud las experiencias vividas. En estudios realizados sobre personas que han padecido dolor, estas recuerdan el pico del mismo y el final, y no la duración del mismo⁴². No todos los momentos tienen el mismo valor en nuestro recuerdo. El llamado “yo que recuerda” hace elecciones para contar una historia, que representa en tres momentos decisivos: el comienzo, el pico de intensidad, y el fin⁴³. Esta selección necesariamente tendrá peso en nuestra libertad de elección cuando convoquemos a nuestra memoria para un proceso de decisión. La llamada “ilusión de la focalización”, dice Kahneman citando a Daniel Gilbert y Timothy Wilson⁴⁴, crea una expectativa favorable que genera ilusión, pero termina perdiendo su atractivo.

El predominio que puede tener en nuestra libertad el relato persuasivo adoptando una explicación coherente de intenciones y acciones de personas, principalmente el efecto halo. Cuando se genera un ambiente de confianza, y desde allí se elabora una explicación coherente que determina nuestro juicio. El relato persuasivo crea ilusión de inevitabilidad ignorando el papel que juega la suerte en los resultados⁴⁵. La suerte juega un rol fundamental también en las consecuencias de nuestros actos. Pensemos en el resultado de una conducta imprudente o negligente que da lugar a un delito culposo, si no hay resultado dañoso no hay delito ni responsabilidad. Si consideramos un relato causal de una explicación de los factores que conducen al éxito, o a un resultado positivo, y pensamos que realizando esas acciones obtendremos los mismos resultados ignorando otros factores, como la contribución que tuvieron elementos aleatorios, se verá afectada nuestra libertad.

Los marcos en que se presentan los enunciados tienen influencia en nuestros juicios. En un ensayo sobre el comportamiento del consumidor realizado por Richard Thaler respecto de precios diferenciales para pagos en tarjeta de créditos o en efectivo, describe que, aunque el *lobby* ejerció presión para que fueran declarados ilegales, lograron que la diferencia fuese considerada un descuento y no un recargo⁴⁶. Según estudios en psicología la gente está más dispuesta a renunciar a un descuento que a pagar un recargo. Una importancia relevante adquiere la influencia de los marcos en el consentimiento informado para la donación de órganos. Cuando se trata de realizar un esfuerzo para tomar una decisión trascendente y expresar la voluntad, las personas rehúyen y postergan la

⁴¹ KAHNEMAN *op cit* p 172

⁴² KAHNEMAN *op cit* p 500

⁴³ KAHNEMAN *op cit* p 529

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ KAHNEMAN *op cit* p 262

⁴⁶ KAHNEMAN *op cit* p 474

decisión, salvo que ya lo tengan decidido. Es por tal motivo que muchas legislaciones han optado por el sistema del consentimiento presunto. La capacidad de discernir puede actuar de modo diferente de acuerdo a los estímulos que se reciben y en el marco en que se las presenta.

La libertad se ve afectada por la llamada heurística de la disponibilidad, como proceso en el cual se calcula la frecuencia de una categoría por la facilidad con que ejemplos vienen a la mente⁴⁷. El recuerdo de ciertos eventos vividos, nos atemorizan, y provocan un aprendizaje emocional moldean nuestra capacidad de juicio. Estas aptitudes se aprenden con mayor facilidad a medida que el riesgo aumenta. En el campo profesional, también tiene lugar este proceso, y genera una “intuición experta”. Sin embargo, en este último caso puede tardar mucho tiempo en desarrollarse⁴⁸. Las posibilidades tecnológicas de acceso a la información, en especial a imágenes van moldeando nuestros juicios. A su vez la cobertura que se le da a los hechos tiene relación con el interés del público, de su foco de atención, y de preocupaciones. Cuando las personas tomamos opciones sin saber exactamente por qué lo hacemos, Se produce una sustitución de la pregunta: ¿qué pienso? por ¿qué siento?⁴⁹. La aptitud importante de discernir cuándo un miedo es “saludable” o no será una cuestión a decidir. La cuestión es si se debe ceder ante el miedo, ya sea que la fuente sea subjetiva - *intimidación*, u objetiva - *estado de necesidad*.

En el esquema de la teoría del acto voluntario, la libertad se ve afectada por un fuerza o intimidación que inspire un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en la persona o bienes. En la actualidad hay medios mas sutiles, pero no menos eficaces de afectar la libertad, que pueden influir en nuestras decisiones. Esa influencia, que no se puede negar hace pensar hasta qué medida se puede tolerar sin intervenir.

Podemos afirmar que el discernimiento implica racionalidad, dado que la palabra racional, según Kahneman, infunde la idea de una idea internamente consistente y con coherencia lógica, realizada con una gran deliberación⁵⁰, por oposición a la irracionalidad, que significa un juicio impulsivo y emocional. Desde el punto de vista simple, atendiendo a una concepción liberal pura, se puede afirmar que una política pública dirigida a no intervenir en decisiones racionales de los individuos a menos que perjudiquen a otros. Así, cada individuo es responsable del cuidado de si mismo. Los partidarios de la economía conductual, a diferencia de los de la Escuela de Chicago, entienden que hay necesidad de ayudar a los individuos a tomar buenas decisiones⁵¹. Existen instituciones que brindan apoyo, evitando consecuencias sociales e individuales graves, como son los sistemas de

⁴⁷ KAHNEMAN *op cit* p 174

⁴⁸ KAHNEMAN *op cit* p 311

⁴⁹ KAHNEMAN *op cit* p 186

⁵⁰ KAHNEMAN *op cit* p 534

⁵¹ KAHNEMAN *op cit* p 536

seguridad social, y los sistemas de salud pública. Aquí hay restricciones a la libertad que constituyen sistemas de apoyo universales.

Un campo de la ciencia, que estudia el sistema nervioso en su organización y funcionamiento, y como las diferentes partes del cerebro humano pueden interactuar para dar origen a los comportamientos humanos, es la llamada *neurociencia*. Se plantean grandes interrogantes sobre la noción de libertad. La amenaza a la misma puede provenir de nosotros mismos por problemas de autocontrol. El tema fue tratado por el profesor de psicología Dan Ariely en su obra *Las trampas del deseo* señalando los problemas existentes al tomar decisiones en relación a la influencia de nuestro estado emocional⁵², en especial, en el tema que nos ocupa, a los gastos y al ahorro, y su preocupación por el aumento del primero, y la disminución de este último⁵³. Podemos sostener que, quizás el problema actual de la libertad no provenga de una fuerza irresistible o una amenaza de otra persona, tal como está planteado tradicionalmente como vicio de violencia (artículos 276 a 278 del CCCN).

Un tema importante en lo referido a la libertad sucede cuando el precio incide directamente en la necesidad de contratar un bien o servicio. En el punto anterior nos referimos a la idea de justicia en el intercambio, al esfuerzo y a la eficiencia. Aquí de lo que se trata es de la necesidad, y del aprovechamiento. Nuevamente los autores citados dan ejemplos, como elevar el precio de un paraguas cuando hay lluvia, y el aumento de la tarifa de Uber durante una tormenta de nieve en Nueva York⁵⁴. Es percibido como una injusticia teniendo en cuenta el ancla del precio anterior. A medida que aumenta la necesidad, aumenta el valor sin tener en consideración el esfuerzo, porque se supone que este estaba valorado en el precio anterior, y hay un aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad. Estas situaciones permiten reflexionar acerca de que podemos considerar falta de libertad en un acto voluntario.

3. la intención

El discernimiento aplicado a una hipótesis determinada no está exenta de los sesgos que se mencionan. En el afán de establecer un mundo predecible y ordenado, el sistema 1 pretende justificar un resultado con una mirada retrospectiva. Como vimos, la gente está más decidida a renunciar a un descuento que a pagar un recargo. Asimismo, existe aversión al riesgo. Se eligen situaciones en las que se presentan menos riesgosas, aunque sea de modo aparente que traen consecuencias no deseadas.

⁵² ARIELY, Dan, *Las trampas del deseo*, Editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona 2011 p 123

⁵³ ARIELY, *op cit* p 127

⁵⁴ ARIELY, Dan, y KREISLER, Jeff, *op cit* p 195

En estudios realizados respecto del manejo del dinero en inversionistas en compra o venta de acciones. Todos los que compran y venden acciones en teoría cuentan con la misma información, difieren en sus opiniones. Quienes venden creen que el precio va a bajar, mientras que quienes compran entienden que subirá. La cuestión a dilucidar es porqué algunos creen que subirá el precio mientras que otros no. La evaluación de las perspectivas económicas no es suficiente para el logro del éxito. Kahneman plantea que una cultura profesional sustenta lo que denomina ilusiones de validez y de aptitud⁵⁵. Hay una sobreestimación de la capacidad predictiva, que explica el pasado, e intenta predecir el futuro con la misma facilidad. El autor señala que hay dos motivos por los cuales se fracasa en las predicciones, la primera es que el mundo es impredecible, y la segunda es la existencia de una confianza excesiva. Hay desde un entusiasmo inicial, una tendencia hacia el optimismo y la perseverancia en todas las empresas. Ese optimismo emocional resulta ser el motor de nuestros proyectos. El optimismo atrae, y es considerado en forma positiva, y contribuye al dinamismo económico de la sociedad capitalista. Como señalamos, al explicar el pasado, ignoramos el papel que juega la suerte, lo que hace que fácilmente podamos incurrir en una ilusión de control⁵⁶. Otro factor a considerar es la ignorancia de la competencia. El orgullo, la confianza en el propio talento sin tener en cuenta que puede haber varios competidores respecto a los que el mercado puede admitir.

Podemos concluir que la intención está determinada por las predicciones que podamos hacer, y éstas por la manera como se nos presente la situación. Las predicciones en muchas oportunidades se hacen desde la representatividad. Si la descripción que tenemos en nuestra mente es favorable, creemos que obtendremos resultados favorables⁵⁷. El sistema 1 realiza predicciones intuitivas, basándose solamente en los elementos a los cuales presta atención, sin tener en cuenta reglas estadísticas fundamentales como el efecto del tamaño de la muestra. También son los profesionales quienes a veces hacen predicciones intuitivas dado que necesitan la confianza de sus clientes, y resultaría negativo para ellos toda manifestación de incertidumbre.

La posibilidad y la certeza causan efectos importantes que afectan las decisiones. Afirma Kahneman que los valores que se le asignan a determinados resultados no son iguales a los valores de las probabilidades, de modo contrario al principio de la expectativa⁵⁸. El temor y la necesidad de certeza provocan un apartamiento de la ponderación de resultados en forma proporcional a la probabilidad. Así, los resultados improbables se sobreestiman. En consecuencia, estamos dispuestos a pagar más de su valor para eliminar dichos riesgos, y hay quienes venden

⁵⁵ KAHNEMAN *op cit* p 285

⁵⁶ KAHNEMAN *op cit* p 340

⁵⁷ KAHNEMAN *op cit* p 551

⁵⁸ KAHNEMAN *op cit* p 407

certeza⁵⁹. El autor cita a Maurice Allais, quien planteó esta cuestión desafiando las reglas de la elección racional, y junto a Amos Tversky buscan una explicación psicológica. En el análisis, observaron que cuando los valores decisorios se encuentran en puntos extremos se apartan de las probabilidades. Cuando se encuentran cerca de cero surge el efecto de la posibilidad, y en el otro extremo, el efecto de la certeza⁶⁰. Kahneman y Tversky llegaron a dos conclusiones: los individuos asignan mayor valor decisorio a las ganancias y pérdidas, que a los de las probabilidades. Frente a una posibilidad muy alta de obtener una ganancia, el temor a una desilusión provoca aceptar lo desfavorable pero seguro, se da la aversión al riesgo y el efecto de la certeza. En el otro extremo, ante un riesgo muy alto de una pérdida importante, el comportamiento difiere. Hay una esperanza de evitar la pérdida y se busca el riesgo. Cuando las probabilidades son bajas tiene lugar el efecto de la posibilidad. Si la probabilidad es de ganar, la esperanza causa la búsqueda del riesgo, y si, por el contrario, la baja chance es de perder, por el temor provocado por el efecto de la posibilidad, se buscará evitar el riesgo, aunque esto tenga un costo elevado⁶¹.

La influencia de las emociones humanas en las decisiones económicas, también fueron tratadas por Dan Ariely y Jeff Kreisler en su obra *Las trampas del dinero*. Los autores afirman que las pérdidas pesan mucho más que las ganancias, y mencionan el concepto de *aversión a las pérdidas*. Aseguran que las pérdidas provocan el doble de dolor que la alegría con las ganancias de la misma cantidad⁶². Teniendo en cuenta este aspecto de la psicología, los autores describen una característica de quienes poseen un bien: lo sobrevaloran. Quien pretende vender un bien piensa que su valor es mayor del que tiene en mente el comprador, y está presente en la venta de inmuebles cuando el vendedor recuerda las experiencias vividas, y el trabajo realizado sobre el inmueble, que el comprador no valora emocionalmente, ni considera de utilidad. En un experimento realizado, en el que algunos alumnos de la Universidad de Duke habían ganado entradas para un espectáculo deportivo, quienes habían ganado las entradas aceptaban venderlas a un precio mucho mayor del que pretendían quienes estaban interesados en comprarlas⁶³. Este ejemplo es muy ilustrativo porque la valoración de las entradas antes del sorteo es la misma, pero quienes han sido beneficiados en el sorteo le dan más valor a su pérdida.

La aversión a las pérdidas también tiene lugar cuando frente a una inversión sin lograr los resultados esperados, no hay resignación, y no se toma la decisión de abandonar el proyecto, sino que hay una tendencia a continuar con el esfuerzo

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ KAHNEMAN *op cit* p 410

⁶¹ KAHNEMAN *op cit* p 413

⁶² ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 173-174

⁶³ ARIELY, Dan y KREISLER, *op cit* p 164-165

cuando existe una alta probabilidad que termine en un fracaso⁶⁴. En estos casos las pérdidas terminarán siendo mayores.

Es interesante cuestionarse si no es conveniente actualizar o cambiar el sistema de Vélez de acto voluntario y capacidad, vigente aún en el actual Código, dejando atrás presunciones que no admiten prueba en contrario, y hacerlo más flexible, teniendo en cuenta los seres actuales. Las decisiones en su mayoría son realizadas por el estudiado sistema 1 con los sesgos descritos. La intervención del derecho en las decisiones tiene lugar, fundamentalmente para ayudar en las elecciones.

c. la capacidad en la Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York (EEUU), el 20 de noviembre de 1989 fue ratificada por nuestro país por la ley 23.849, y promulgada el 16 de octubre de 1990. Esta Convención, con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22 CN), sustituye el término tradicional “menores de edad”, por el de niños, niñas y adolescentes (NNyA). Se fijan las bases de lo que serán los principios generales en materia de menores en la posterior legislación. Ellas son, como principio rector, el interés superior del niño, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y el principio de autonomía progresiva. Señala el Dr. Néstor Solari que implicó un cambio de paradigma, del menor como *objeto de protección*, al niño como *sujeto de derechos*, pasando de una situación pasiva, a tener participación activa en todas las decisiones que lo puedan afectar⁶⁵. Agrega que lo que en el antiguo régimen se consideraban *necesidades*, se transforman en *derechos*, Se pretende dejar atrás una consideración del niño como objeto social pasivo de protección y cuidado, en una visión social de “ciudadano del futuro” que es asumido sin presente⁶⁶.

Este nuevo paradigma abre la posibilidad a que el niño o adolescente tenga una participación activa en las decisiones sobre su persona y sus bienes. Este cambio significa un desafío para las normas internas sobre patria potestad (actualmente responsabilidad parental) y capacidad.

El art. 5° de la CDN establece: “*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la*

⁶⁴ ARIELY, Dan y KREISLER, *op cit* p 178

⁶⁵ SOLARI, Néstor Eliseo, *La niñez y sus nuevos paradigmas*, La Ley 2004, p. 8

⁶⁶ *Ibidem*

presente Convención". La consideración de los menores como sujetos de derecho provoca la disminución de la representación legal de los progenitores a medida que avanza la autonomía. En consecuencia, la autonomía de los niños, niñas y adolescentes debe coincidir con el estado de desarrollo de sus facultades intelectuales. El impedimento jurídico no debe ser mayor al natural, debiendo tener el máximo de autonomía posible.

La convención pretende que, en la medida de lo posible, el niño, niña, o adolescente pueda actuar en el mundo jurídico en un pie de igualdad con los adultos. Para ello, como lo expresa el Comité de los derechos del niño en su Observación General N°12 a propósito del artículo 5°, será necesario verificar que el niño se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, para lo cual se les deberá impartir dirección y orientación para compensar la falta de conocimientos⁶⁷.

En síntesis, con la Convención sobre los derechos del niño, se abandonó el llamado paradigma de la "situación irregular", que consideraba a los menores como objeto de protección, sin responsabilidad, habiendo una intervención proteccionista o represiva por parte del Estado⁶⁸, adoptándose el de "Protección integral" de niños, niñas y adolescentes, que trae como consecuencia la necesidad de modificaciones en la legislación interna de cada Estado, en normas de fondo, pero también en esquemas procesales y prácticas de la administración de justicia, que deberán adecuarse a la Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los estados firmantes a garantizar que la ley, y la práctica en nuestro país sean compatibles con la misma. Los derechos del niño, según recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, deben considerarse derechos humanos de la infancia⁶⁹.

En el año 2005 fue sancionada la Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes. La ley reitera los derechos reconocidos por la Convención, y dispone en su artículo 27 garantías mínimas de procedimiento en instancias administrativas y judiciales, en las cuales se deberá garantizar el derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta, a ser asistido por un letrado que defienda sus preferencias, a participar activamente en el procedimiento, y a recurrir las decisiones que lo afecten. A tal fin, dispone que deben actuar coordinadamente los organismos administrativos a nivel nacional, federal y provincial. Se dispuso la creación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y familia; el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia; y del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. La sanción de esta

⁶⁷ Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño (OG 12 CDN), *El derecho del niño a ser escuchado*, párrafo 84

⁶⁸ Opinión Consultiva OC 17/2002 de la CIDH

⁶⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Informe sobre el 22° período de sesiones, párrafo 291, 7 de diciembre de 1999, CRC/C/90, acceso el 6/6/2021 a las 17 30 hs. en: <https://undocs.org/es/CRC/C/90>

ley, y la creación de estos órganos administrativos significó la derogación de la Ley 10.903 del año 1919, conocida como Ley de Patronato.

En materia de autonomía para la toma de decisiones, el cambio de paradigma plantea un nuevo desafío: el derecho de las niñas, niños y adolescentes a participar en las decisiones implica un cambio en el derecho de fondo. Están en juego tanto la protección necesaria de los intereses de los menores como el derecho a su consideración como sujetos de derecho. Estas normas son operativas y han generado la necesidad de articular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, con las normas de derecho interno, entonces el Código Civil. Ambas normativas contenían tendencias opuestas en materia de minoridad. La Convención prevalece sobre las normas de derecho interno. El tema involucra el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la participación en las decisiones que lo afecten en consonancia con la evolución de sus facultades con las responsabilidades que ello significa.

En el campo patrimonial, el art. 128 del derogado Código Civil, según la ley 17.711, en su segundo párrafo rezaba: *“Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin el consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas de derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización”*. En el último párrafo el artículo establecía que el menor puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos. A los dieciocho años se adquiría la capacidad laboral, y la capacidad patrimonial era consecuencia de la generación de ingresos provenientes de dicha actividad. Ello implica que la ley suponía aptitud, y reconocía capacidad para actos patrimoniales por el hecho de desarrollar actividad económica que genere ingresos. La mencionada capacidad patrimonial daba lugar a la capacidad procesal por acciones vinculadas a la actividad económica del menor. El discernimiento, y la madurez, se presume por edad y por realizar actividad económica. El mismo menor tenía un régimen diferente respecto de los bienes recibidos a título gratuito.

La posibilidad de decisión de las niñas, niños y adolescentes en lo patrimonial involucra la realización por sí de actos jurídicos, y la capacidad procesal. En relación a esta última la CDN establece pautas claras que necesariamente debían ser incorporadas al derecho interno para dar efectividad a los derechos reconocidos (art. 12 CDN). El mencionado artículo, en su primera parte, le reconoce el derecho a ser expresado su opinión en todos los asuntos que lo afecten, y a que la misma sea tenida debidamente en cuenta al niño que esté *“en condiciones de formarse un juicio propio del derecho”*. El criterio de la aptitud para formarse un juicio propio abrió la posibilidad de una capacidad procesal mas amplia en el campo patrimonial que la del derogado art. 128 del CC., al disponer que: *“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo*

procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (art. 12.2 CDN). Esta disposición se traduce al derecho interno en la mencionada ley 26.061, en su art 27. En lo relativo a los reclamos administrativos por defensa de los derechos de los consumidores, pueden realizarse desde los 13 años⁷⁰.

En lo atinente a la capacidad para celebrar actos jurídicos, las modificaciones debían llevarse a cabo en el Código Civil y en el Código Comercial. Estas se plasmaron con la sanción del Código Civil y Comercial en el año 2014, de lo cual nos referiremos en el siguiente punto del presente trabajo. Aquí la cuestión es diferente, porque no se trata de que la niña, niño o adolescente sea escuchado y que su opinión sea tenida debidamente en cuenta, situación que en definitiva será evaluada por el órgano estatal judicial o administrativo, quien será el que tomará la decisión, sino de su aptitud mental para tomar decisiones. La cuestión es que los límites etarios son arbitrarios, y el criterio es la evolución de sus facultades (art. 5 CDN). La ratificación de la Convención impacta en el sistema de capacidad de hecho (actualmente de ejercicio) de nuestra legislación de fondo. La ley 26.579, sancionada en el año 2009 estableció la mayoría de edad a los 18 años, modificando al entonces Código Civil que fijaba la edad de 21 años para el cese de la incapacidad relativa. Sin embargo, continuaba vigente el sistema de incapacidad de los menores basado en límites rígidos.

El derecho a la participación en lo que concierne al tema de la capacidad de ejercicio es más complejo que el de la capacidad procesal. Al referirse a la capacidad procesal la citada OG No. 12 del CDN en su párrafo 20 establece que: *“los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar que tiene primero esa capacidad”*. La incapacidad de ejercicio está impuesta para la protección de los NNyA, e indudablemente nos encontramos frente a una tensión entre autonomía y protección, que es difícil resolver sin consideración a la diferencia de los NNyA respecto de los adultos, es decir a su identidad como niño en palabras del Dr. Alessandro Baratta⁷¹. Este dilema nos permite reflexionar que el sistema de incapacidad no significa la negación de derechos, sino la posibilidad de ejercerlos por sí, y la representación legal es necesaria para un adecuado ejercicio de los derechos⁷². El problema de establecer quién y como se evalúan las capacidades para permitir el ejercicio de la capacidad por parte de los NNyA. La solución es establecer un sistema con una

⁷⁰ Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/defensadelconsumidor/formulario> , acceso el 9/6/2021 a las 22: 55 hs.

⁷¹ BARATTA Alessandro, *Infancia y democracia*, acceso el 12/6/21 a las 16 45 hs. en: http://www.surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/02_infancia_y_democracia_baratta.pdf p 12

⁷² BELOFF, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, 1a. ed. 3a. reimp., CABA, 2009 p 14-15

mayor flexibilidad para que los NNYA adquieran capacidades parciales para la realización de actos jurídicos de menor a mayor importancia, para compatibilizar los derechos a participar en la toma de decisiones y el interés superior del niño como principio rector.

En los actos jurídicos patrimoniales, el incremento de la capacidad de ejercicio según la edad, debe ir en relación con la importancia económica y la complejidad del acto, respondiendo a un criterio de razonabilidad, dado que como se expresa en la OG 12 del CDN, la madurez es difícil de definir. Es un deber de los Estados firmantes brindar educación que permita desarrollar estas aptitudes y la capacidad mental (art. 29.1.a CDN). Es conveniente tener en consideración las conclusiones de las evaluaciones sobre los sistemas educativos para determinar cuáles son las condiciones en que los adolescentes puedan ejercer por sí sus derechos. Sobre este punto volveremos en el punto IV b. del presente trabajo.

d. la capacidad en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial (CCCN) hace referencia a la capacidad de derecho (art. 22), y a la capacidad de ejercicio (art. 23).

En lo que se refiere a la capacidad de hecho o de obrar, la denomina capacidad de ejercicio, respecto al tema que nos ocupa, a pesar del cambio en la terminología en la CDN, el Código nuevo mantiene la expresión “menores”, y una doble clasificación. En vez de menores impúberes y adultos; niños o niñas, y adolescentes a partir de los trece años cumplidos, y hasta los 18 años. Esta doble categoría de menores ha sido criticada por un sector de la doctrina, y por ello el Proyecto de 1998 ha seguido el criterio de eliminarla. El Código mantiene el sistema presuntivo sobre el discernimiento (art. 261), aunque a los 13 años para los actos lícitos. Sin embargo, se trata de una generalización, dado que, por ejemplo, requiere el consentimiento para los procesos de adopción desde los diez años (art. 595), y puede reclamar por sus propios intereses a sus progenitores sin previa autorización judicial, si cuenta con edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada (art. 679).

El art. 26 del CCCN, en su primer párrafo establece como principio general que el menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales⁷³, pero en el párrafo siguiente se expresa que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Los principios introducidos por la CDN se llevan adelante por la vía de las excepciones a la representación legal, o mediante un régimen de

⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, *CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2014 Tomo I, p. 114

asistencia. El mismo artículo introduce el criterio de la edad y grado de madurez, e incluye los derechos a ser oído, a participar de las decisiones que lo involucren, y a intervenir por derecho propio, con asistencia letrada. En los párrafos siguientes se mencionan actos vinculados a prácticas que involucran la salud. En esos casos la autonomía se adquiere a los 13 años de edad para los actos que no comprometan el estado de salud ni sean invasivos, y en estos casos el régimen de protección es el de asistencia.

El artículo 24, al enumerar a los incapaces de ejercicio, en el inciso b) “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª. de este Capítulo”, no incluye a todos los menores entre los incapaces. El Código nuevo busca adecuar la legislación interna a la CDN. De acuerdo a la redacción de la norma resta dilucidar si los menores son capaces o incapaces de ejercicio. Las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de Bahía Blanca, se inclinaron en su mayoría por la incapacidad de ejercicio como regla en materia de menores, y a la capacidad como excepción⁷⁴. Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan señalan que se trata de un resabio de un binarismo superado por la dinámica de un nuevo sistema, y sostiene que la regla es la capacidad, siempre que los niños y adolescentes tengan edad y grado de madurez para la toma de decisiones en el caso concreto⁷⁵. La incapacidad de obrar, en todos los casos será siempre relativa. En cuestiones referidas a actos personalísimos o extrapatrimoniales adquiere relevancia el concepto de “competencia”, vinculada al discernimiento y la madurez para el acto específico de que se trate⁷⁶. La regla adoptada es la de autonomía progresiva, y requiere tener en consideración respecto del NNYA la evolución de sus facultades. Los progenitores tienen el deber de prestar orientación y dirección, lo que requiere un intercambio con el hijo de acuerdo con cada etapa de su desarrollo⁷⁷. Esta es el criterio actual para el ejercicio de la responsabilidad parental, siendo que: “*a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*” (art. 639 CCCN).

La capacidad para actos patrimoniales merece una consideración especial teniendo en cuenta el peligro que puede representar para el patrimonio del NNYA,

⁷⁴ Conclusiones de la Comisión 1 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, acceso el 19/6/2021 en: <https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf>

⁷⁵ KEMELMAJER de CARLUCCI Aída y MOLINA de JUAN, Mariel F., *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*, acceso el 19/6/2021 a las 14 55 hs. en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Libro Segundo, Título VII, Capítulo 3 *Fundamentos*

especialmente en relación al endeudamiento. En la opinión consultiva OC 17/2002 de la CIDH en relación al derecho a la igualdad, se dijo: *“no existe “discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores.... no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”*”.

IV LA CAPACIDAD PARA ACTOS PATRIMONIALES

a. la capacidad para actos patrimoniales en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El artículo 1137 del Código de Vélez, utiliza una fórmula muy amplia para definir contrato: “...cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. En la nota al artículo, el codificador cita a Freitas y aclara que en el contrato dos o mas personas acuerdan entre sí alguna obligación, u obligaciones recíprocas que correspondan a derechos creditorios, la parte que debe satisfacer la prestación se constituye en deudora, y la otra, que tiene derecho a exigir la prestación, acreedora. El contrato es un acto jurídico bilateral (o multilateral), de naturaleza patrimonial a pesar de la amplitud de la fórmula. Hay consenso en que el contrato involucra derechos patrimoniales. Pero dentro de este criterio, hay una clasificación tripartita. La *tesis amplia*, que sostiene que el contrato es un acto mediante el cual es posible crear, modificar, transferir o extinguir cualquier clase de derechos patrimoniales, y da como ejemplo a la transacción y a la renuncia⁷⁸. En la *tesis restrictiva*, el contrato solamente sería el acto jurídico que tiene como finalidad crear obligaciones, no modificar, transferir o extinguirlas, ni crear otros derechos patrimoniales⁷⁹. Hay una *tesis intermedia*, según la cual, el contrato no solamente puede crear, sino también modificar, transferir o extinguir obligaciones, pero no otros derechos patrimoniales⁸⁰.

Para formar el contrato, es necesario el consentimiento, que se manifiesta por ofertas (o propuestas) de una de las partes, y la aceptación por la otra (art. 1144).

La propuesta u oferta es un acto jurídico unilateral, la aceptación también. Ambos dan nacimiento al contrato, que es un acto jurídico bilateral. Como contrato puede ser unilateral si genera obligaciones para una sola de las partes, o bilateral si hay obligaciones a cargo de ambas partes.

El artículo 1160 alude a la capacidad para contratar. En realidad, la capacidad para contratar es la que se tiene para celebrar los actos jurídicos en general. El artículo establece que no pueden contratar los que padecen incapacidad absoluta, e incapacidad relativa (menores adultos), respecto de esta última especifica “en los casos en que les es expresamente prohibido”. Ese artículo no fue modificado por la ley 17.711, y utiliza la misma fórmula que el artículo 55 original. Teniendo en cuenta la contradicción, podría haberse interpretado según la letra del mismo que

⁷⁸ ALTERINI Atilio Aníbal, *Contratos Civiles- Comerciales- De consumo Teoría General*, Abeledo-Perrot, 1ra. edición, 1ra. reimpresión, Buenos Aires, 1999 p 8

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ *Ibidem*

para el ámbito patrimonial, específicamente el de los contratos, la incapacidad relativa habilitaba la capacidad para todos aquellos contratos que no se encuentren expresamente prohibidos. Sin embargo, prevalecía el principio de la incapacidad para los menores adultos⁸¹. La razón de la incapacidad de hecho, como lo expresamos, es la carencia de madurez psicológica, pero en concreto, respecto del ámbito contractual, la protección de la integridad patrimonial. Sin embargo, este criterio conforma una voluntad puramente jurídica que resulta una ficción alejada de una voluntad basada en aspectos psicológicos.

A pesar de lo dispuesto en la primera parte del artículo mencionado, a los incapaces por incapacidad absoluta se les reconocía la capacidad para celebrar *pequeños contratos*, como compra de golosinas, transporte o entrada a un cine. Son contratos de consumo que involucran pequeñas cantidades de dinero. El fundamento de las facultades señaladas Llambías lo encuentra en el derecho consuetudinario⁸². También puede interpretarse una autorización tácita del representante para hacerlos⁸³, o su consideración como actos nulos, de nulidad relativa por falta de capacidad de hecho pero que se consentían por razones de interés social⁸⁴. El criterio de la autorización del representante legal prevé una situación análoga al del mandato a conferido a una persona incapaz de obligarse (art. 1897). Se trata de contratos de ejecución instantánea, que no involucraban endeudamiento ni peligro para el patrimonio del menor en cuyo beneficio se estableció la incapacidad, y considerando a la buena fe como principio rector en las relaciones jurídicas, entendemos que la solución no podía ser la anulabilidad de los mismos. Es impensable teniendo en cuenta la experiencia y la lógica, que los menores impúberes no tengan un mínimo de discernimiento para comprender el significado y alcance de estos actos. En el caso de los menores adultos es la misma norma la que presume el discernimiento para los actos lícitos, por tal motivo podría haberse incluido una norma que reconozca capacidad para estos actos.

Los hijos menores de edad se encontraban sujetos a la patria potestad, cuyo ejercicio correspondía en principio, al padre en el Código original de Vélez, incluía el derecho sobre los bienes mientras no estén emancipados. La emancipación es una institución por la cual se adquiere la capacidad legal con limitaciones (generales: arts. 134 y 135), extingüía la patria potestad, y salvo las excepciones habilitaba para todos los actos de la vida civil. Se adquiría al contraer matrimonio, y luego de la sanción de la ley 17.711 a los 18 años por habilitación de edad, por decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad.

⁸¹ ALTERINI *op cit* p 208

⁸² LLAMBÍAS *op cit* Tomo I, p 443

⁸³ CIFUENTES Santos, *Elementos de Derecho Civil Parte General*, Astrea, 4ª. edición, Buenos Aires, 2009 p 178

⁸⁴ ALTERINI *op cit* p 207

El antiguo Código de Comercio contenía previsiones sobre la emancipación comercial (arts. 10 y 11). La otorgaba el padre (a partir de la ley 23.264 también la madre), o en su defecto, autorización legal, que habilitaba para el ejercicio de los actos y obligaciones comerciales. No regían las limitaciones generales previstas en los artículos 134 y 135 en el orden comercial.

Los menores adultos podían celebrar contratos concernientes a su empleo, profesión o industria, presumiéndose la autorización de sus padres (art. 283). En estos supuestos la responsabilidad por las obligaciones que nacen de dicha actividad no recae sobre los bienes cuya administración o usufructo tiene el padre.

Con el dictado de la ley 17.711, fue modificado el art. 128, estableciendo la capacidad laboral a los 18 años. Quedando a salvo las normas sobre derecho del trabajo, a los 18 años se podía celebrar contrato de trabajo sin la autorización de los padres. El menor que hubiese obtenido algún título habilitante podía ejercerla por cuenta propia sin autorización. Podría suponerse que con el dictado de la ley 17.711 los artículos 275 y 283 que establecían la autorización de los padres para que los menores ejercieran profesión, que se presumía en los menores adultos, quedaban tácitamente derogados. La ley 23.264 en el año 1985, modificó estos dos últimos artículos, reconociendo la capacidad de ejercer oficio, profesión o industria a partir de los 18 años de edad. Sin embargo, subsistía el requisito de autorización para ejercer profesión, que se presumía en los menores adultos, con lo que puede interpretarse que prevalecían sobre el art. 128 (ley 17.711). En el año 2009, con la sanción de la ley 26.579 se zanjó la cuestión con el agregado al artículo 275: “*salvo lo dispuesto en los artículos 128 y 283*”.

En el último párrafo del art. 128 según la ley 17.711, se establecía que los menores podían disponer administrar y disponer libremente de los bienes que adquieran producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos. Esta norma hace nacer un conjunto de bienes sobre los cuales el menor podía ejercer plenamente su capacidad. Instituye un doble *standard*, suponiendo que una misma persona posee madurez para administrar y disponer de los bienes producto de su trabajo, pero no para aquellos que pudo haber recibido a título gratuito. El mismo criterio de doble *standard* se utiliza en la emancipación respecto de los bienes entre los adquiridos a título gratuito y a título oneroso. En los primeros el emancipado solamente tiene la administración, y deberá solicitar autorización judicial salvo acuerdo del otro cónyuge mayor de edad (art. 135) para disponer de ellos en forma onerosa, porque hacerlo en forma gratuita les estaba absolutamente vedado (art. 134).

En la obra *Las trampas del dinero*, los autores Dan Ariely y Jeff Kreisler, abordan el tema de nuestra forma de gastar el dinero. Allí se introduce el concepto de contabilidad mental⁸⁵. Se trata de crear mentalmente categorías dentro de las

⁸⁵ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 70

cuales la asignación de valor al dinero es muy distinta. Es una manera de gestionar un presupuesto en nuestra vida personal. En las diferentes categorías creadas, las emociones respecto del dinero no son las mismas. La categorización, que a veces puede llevar a tomar decisiones erróneas, no es exclusiva de personas menores de edad, incluso emancipadas. Los autores, en la obra mencionada, señalan que todas personas pueden adoptar criterios diferentes para el gasto del dinero de acuerdo al origen del mismo⁸⁶. Como ejemplo se menciona que, si una suma de dinero tuvo un origen negativo hay mayor inclinación a gastarlo en una finalidad benéfica para calmar nuestra conciencia; y también dinero obtenido con apuestas en un casino tiende a ser gastado en diversión. Como ocurre en los adultos, los menores también pueden tener una contabilidad mental como la describen los autores, y es lo que presume la ley para establecer el doble *standard* mencionado.

El discernimiento para los actos voluntarios, como lo mencionamos al referirnos en el punto II a, es la aptitud para juzgar. Es difícil valorarlo, por lo cual en nuestro sistema no se lo categorizó como un vicio la falta de discernimiento, dejándose su juzgamiento al juez como ocurre con la intención (vicios de error y dolo) y la libertad (violencia). El codificador entendió que convenía acudir a criterios objetivos para su delimitación (art. 921). Se presume que primero se adquiere la inteligencia para conocer lo que está prohibido, por ello el codificador estableció la presunción *iure et de iure* a los diez años para los actos ilícitos. Para los actos lícitos, en los cuales entra en consideración otras cuestiones, como lo conveniente o inconveniente, etc, el límite es la pubertad. La cuestión se torna mas difícil, juzgar la capacidad para reconocer lo conveniente, lo justo o injusto, etc. También se alude a otras situaciones como los actos de los interdictos que no fueren practicados en intervalos lúcidos, y a quienes están privados de la razón en forma transitoria por cualquier "accidente". En síntesis, los límites son objetivos y arbitrarios para contemplar la seguridad en el tráfico jurídico, que es la otra variable que está en juego.

Para los actos jurídicos, como hechos humanos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato producir efectos jurídicos, se requiere no solamente la voluntariedad, sino también la capacidad. Los menores adultos tienen discernimiento para los actos lícitos, pero al carecer de capacidad de hecho, estos son nulos de nulidad relativa. Podemos decir que los actos o negocios jurídicos necesitan en el agente un propósito de provocar el nacimiento, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas. Es por ello que el codificador entendió que los menores adultos a pesar de contar con discernimiento para los actos voluntarios debían carecer de capacidad de hecho para la generalidad de los actos.

El discernimiento tenía relevancia según Vélez para los actos jurídicos porque los realizados por menores adultos daban lugar a obligaciones naturales (art. 515 inc.

⁸⁶ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 81

1º), inciso que fue derogado por la ley 17.711. El artículo 128 modificado según la ley 17.711 preveía la posibilidad de trabajar, y aún en el caso de haber obtenido un título habilitante, sin autorización, y de administrar y disponer de los bienes obtenidos que resulten adquiridos con su trabajo. Sin embargo, si no trabajaba no se le reconocía normativamente la capacidad para celebrar los pequeños contratos de cotidianos de consumo. Esta es otra de las diferencias que surgen de abstracciones legales de un sistema rígido.

b. la capacidad para actos patrimoniales en el Proyecto de 1998

En el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 se define al contrato en general en su art. 899: “*Se denomina: a) Contrato, al acto jurídico mediante el cual dos (2) o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.*” A continuación, en el mismo artículo, hace referencia también al Contrato discrecional, y al Contrato predispuesto, y al Contrato celebrado por adhesión.

En el proyecto de 1998, los menores eran incapaces de ejercicio con excepciones (art. 19 b.). La mayoría de edad tenía lugar a los 18 años (art. 20). Tenía una disposición similar a la del art. 128 del Código Civil de Vélez mencionado, en su art. 24.

Se eliminó la doble categoría de menores, y la alusión a la incapacidad de hecho absoluta. El artículo 25 enumeraba los actos que puede realizar el menor a partir de los 14 años.

Para celebrar contratos, salvo las excepciones, se requería la capacidad de ejercicio bajo sanción de invalidez (art. 941).

En el art. 26 se les reconocía a los menores la posibilidad de realizar por sí actos usuales, correspondientes a su edad y condición adoptando el criterio de la capacidad de hecho, dejando que la costumbre defina qué actos jurídicos quedaban comprendidos en la norma. Sin embargo, no quedaba claro si estos actos estaban exceptuados de la patria potestad de los padres, dado que en el art. 584 inc. d) se excluía de la misma a aquellos “admitidos a los menores conforme a los artículos 24 y 25”, sin hacer mención al art. 26.

El artículo 584 mencionado, enumeraba a los actos que quedaban afuera de la patria potestad, en su inc. a) hacía alusión a los actos que el hijo podía realizar por sí mismo de acuerdo con las leyes, y a sus condiciones de madurez.

Los padres debían criarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no solamente con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios (art. 574). El citado artículo concluye con la disposición “*Su preocupación fundamental debe ser el interés superior del hijo*”, en clara relación con la CDN. En el ejercicio

de la patria potestad, tenían la administración de los bienes de los hijos bajo su autoridad, que ejercían en común, y los actos conservatorios en forma indistinta (art. 591). Para disponer de los bienes de los hijos, necesitaban autorización judicial (art. 589).

En el proyecto no se implementó la autonomía progresiva, más allá de la mención a las condiciones de madurez a que hizo referencia, sin embargo, se planteaba un sistema menos rígido. En el artículo 248, dentro del capítulo de los hechos jurídicos se establecía: *“Los menores tienen discernimiento para los actos ilícitos desde la edad de diez (10) años, y para los actos lícitos desde la edad de catorce (14) años. Sin embargo, conforme a las circunstancias particulares del sujeto, el tribunal puede considerar con discernimiento para los actos lícitos aun a quien tiene menos de catorce (14) años”*. Con la fórmula incorporada al final se habilita el examen judicial en caso de conflicto para determinar si el sujeto obró efectivamente pudo comprender el significado y el alcance del acto en cuestión⁸⁷.

c. la capacidad para actos patrimoniales en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial en su art. 957 define al contrato de modo similar al Proyecto de 1998: *“Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”*.

El Código Civil y Comercial no contiene normas específicas sobre capacidad de ejercicio como el derogado artículo 1160 del Código Civil de Vélez entre los artículos sobre los contratos en general, por lo que se aplican las disposiciones de la parte general. Sin embargo, antes de desarrollar en diferentes capítulos, las normas sobre los contratos en particular, en el Libro Tercero, Título III se encuentra la regulación sobre los contratos de consumo. En los fundamentos del Código, se asume que: *“constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general”*. Existiendo una ley específica de defensa del consumidor, en los fundamentos se dan también estas razones: *“se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”*. Se abordan las nociones de relación de consumo (art. 1092), y contrato de consumo (art. 1093).

En la Sección 2ª del código, Título II Contratos en general (artículos 984 a 989), antes de tratar los contratos de consumo, inmediatamente después de las disposiciones sobre la formación del consentimiento (capítulo 3), en la se encuentran las normas sobre los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas. En los fundamentos se aclara: *“El supuesto que se*

⁸⁷ FACCO, Javier Humberto, *op cit*

regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento". Estas disposiciones están relacionadas con los contratos de consumo, y pudieron merecer una regulación conjunta.

El nuevo Código intenta plasmar el principio de autonomía progresiva de la CDN y de la ley 26.061. Mantiene el término menores, y también una doble categoría en cuanto al régimen de capacidad.

En el CCCN cambia el concepto de patria potestad, por el de responsabilidad parental. El tema se encuentra tratado en el Libro Segundo, Título VII (arts. 638 y ss). En los fundamentos del primer capítulo, se hace referencia a "*La incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (art. 75, inc. 22 Const. Nacional)*". En consonancia con el art. 1° del CCCN, que plantea un diálogo de fuentes, es evidente que tanto la capacidad de ejercicio, como la relación progenitores hijos es una cuestión que debe ser interpretada a la luz de principios constitucionales, contenidos tanto en la misma carta magna como en los tratados que poseen igual jerarquía. Con el cambio, se pretende poner el énfasis en la responsabilidad y no en el poder. La responsabilidad debe ser ejercida en la forma prevista por el art. 5 de la CDN, y en el marco del principio rector del interés superior del niño. Lo importante es la función y la manera de ejercerla, por ello pudo haberse llamado "autoridad parental", dado que la responsabilidad deriva de la autoridad que ejercen.

La autoridad y responsabilidad de los progenitores debe ejercerse, como se mencionó, de conformidad con el interés superior del niño, contemplar la posibilidad que de acuerdo a sus características psicofísicas pueda el menor ejercer por sí sus derechos, y el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y grado de madurez (art. 639).

En materia patrimonial, al igual que en otros aspectos, rige el principio de autonomía progresiva. Se presume que el hijo adolescente tiene madurez para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o en forma autónoma (art. 677). Esta disposición de carácter general no reconoce la capacidad procesal, sino que se la presume. La jurisprudencia deberá dilucidar si el adolescente tiene capacidad para contratar a un abogado de su confianza otorgándole un poder, o será el juez quien deba designarle un abogado. El juez deberá evaluar previamente si el adolescente tiene madurez suficiente para designar a su abogado y quién asumirá los costos, actuando procesalmente de manera autónoma, o de lo contrario nombrarle un tutor especial para que prosiga la actuación judicial⁸⁸.

La capacidad laboral se encuentra regulada en los artículos 30, 681, 682 y 683. En el primero de los artículos mencionados contiene una disposición idéntica a la del

⁸⁸ ESCUDERO DE QUINTANA, Beatriz, *La capacidad de ejercicio de los menores en el Código Unificado*, el Dial DC1E38, publicado el 13/5/2015

artículo 128 del derogado Código Civil: “*La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de una autorización*”. Sin embargo, debe interpretarse conjuntamente con los artículos 681 y 683 que exigen la autorización de los progenitores para ejercer profesión. La autorización se presume para el hijo mayor de dieciséis años (art 683), lo que representa una protección mayor que la del Código Civil, que establecía dicha presunción a partir de los 14 años (art. 283 CC). Según la redacción del artículo 683 a partir de los 16 años se presume la autorización para ejercer la profesión, no siendo coherente con la del art. 30. La solución a la luz de los principios de autonomía progresiva es la capacidad de ejercer la profesión a partir de los 16 años en consonancia con el art. 681⁸⁹. Esta solución se aplica al trabajo en forma independiente.

Para trabajar en forma dependiente, se aplican los artículos 681 y 682, y la legislación especial (ley 26.390). Esta última ley especial prevalece. En consecuencia, está prohibido el trabajo de menores de 16 años en todas sus formas⁹⁰, con excepción de los menores que hayan cumplido la edad de 14 años en empresas cuyo titular fuese su padre, madre o tutor, y bajo estrictas modalidades. Asimismo, también puede considerarse una excepción el trabajo artístico de niños y adolescentes que no cumplieron la edad de 16 años (ley 24.650 aprobación del *Convenio sobre la edad mínima, adoptado en la 58^o Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Convenio 138 de la OIT, art 8)⁹¹. El menor, que a partir de los 16 años no necesitará autorización para ejercer su profesión en caso que obtuviese un título habilitante profesional (art. 30), por cuenta propia, puede administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos producto de su trabajo, y estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a la actividad⁹².

El CCCN en su art. 684 reconoce la posibilidad de que los menores puedan celebrar por sí “*contratos de menor cuantía de la vida cotidiana*” con la asistencia de los progenitores. Aquí se modifica el sistema de protección para estos actos, de la representación a la asistencia, y presume la existencia de la conformidad de los progenitores⁹³. Esta disposición es una respuesta al reconocimiento de la capacidad para este tipo de actos de la doctrina, que surge de la lógica y la costumbre. En estos pequeños contratos patrimoniales, que podemos clasificarlos dentro de los contratos cotidianos de consumo, salvo casos especiales en el caso de que haya oposición de los progenitores y el acto se haya materializado, por la poca trascendencia económica del mismo, no habrá interés en accionar para pedir

⁸⁹ LORENZETTI *op cit* p 124

⁹⁰ RIVERA, julio César y MEDINA, Graciela. Directores, *Código Civil y Comercial de la Nación COMENTADO, Tomo II*, THOMPSON REUTERS LA LEY, Prov. Bs.As., 2014. P 600

⁹¹ ESCUDERO DE QUINTANA, *op cit*

⁹² RIVERA, julio César y MEDINA, Graciela, *op cit, Tomo I*, p 149

⁹³ MUÑIZ, Carlos, *Régimen de capacidad de los menores*, 2012, publicado en DJ 01/08/2012, 95, cita: TR LALEY AR/DOC/3207/2012

la nulidad relativa. Se ha sostenido que la oposición tardía de los progenitores no invalidará el acto por existir un deber de vigilancia sobre el menor, y que si podría invalidarse cuando haya mala fe de quien contrate con el menor para salvaguardar la seguridad en el tráfico jurídico, o que implique abuso del derecho en su perjuicio⁹⁴. Esta disposición es mas restrictiva que la del art. 26 del Proyecto de 1998 que se refiere a los actos usuales, sin el requisito de la conformidad. No tiene antecedentes en el Código de Vélez, sin perjuicio de lo cual la doctrina reconocía la capacidad, incluso de los menores impúberes para estos actos, como nos referimos con anterioridad. En cuanto a su naturaleza jurídica, sería una costumbre *contra legem*, un mandato de los padres, o un acto nulo de nulidad relativa confirmados por inacción del representante legal⁹⁵. Actualmente, es una capacidad reconocida, mediando asistencia real o tácita.

Lo dispuesto por el artículo 684 debe ser considerado teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 26, referido especialmente al asentimiento para los actos médicos y aquellos atinentes al cuidado del propio cuerpo. En los fundamentos del Código Civil y Comercial se hace referencia a que: “*se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas*”. No se han expuesto las razones por las cuales se entiende que un menor de trece años posee discernimiento para tomar una decisión sobre su salud sin la asistencia de sus progenitores en el caso de no ser invasivo, ni impliquen un riesgo importante, teniendo en cuenta que, para los actos patrimoniales, aunque no comprometan su patrimonio, y sean de escasa importancia, necesitarán la conformidad, aunque sea tácita. También, la última parte del artículo 26 reconoce la capacidad, sin necesidad de asistencia de los progenitores, para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Entendemos que no se refiere a actos médicos, sino de actos que no tienen que ver con tratamientos para curar o mejorar la salud, como los tatuajes o *piercings*. Tampoco en estos casos se da la razón por la cual se supone que a los dieciséis años está presente el discernimiento para cualquier acto invasivo de cuidado de su propio cuerpo, pero el artículo 684 exige la conformidad, aunque sea presumida, para actos patrimoniales pequeños y cotidianos. En la interpretación del artículo 26, entendemos que para los actos que excedan el cuidado del propio cuerpo, si son invasivos o implican riesgo para la salud, necesitarán de la asistencia de los progenitores hasta la mayoría de edad, siendo la única diferencia de régimen con los descriptos en el artículo 684, en que para los actos médicos la asistencia debe ser efectiva, en consecuencia, la conformidad debe ser expresa. En el caso de los actos patrimoniales, no hay una norma similar a la del artículo 26 que segmente por edades. La incapacidad de los menores es de mayor intensidad para los actos de carácter patrimonial que para los personalísimos, de lo que se deduce que los

⁹⁴ IGNACIO, Graciela Cristina, su comentario del art. 684 CCCN en RIVERA, julio César y MEDINA, Graciela. Directores, *op cit*

⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis *op cit* Tomo IV p 497

autores del CCCN suponen una mayor madurez de los adolescentes para los actos extrapatrimoniales, y una necesidad de mayor protección en los actos patrimoniales.

En el mundo actual, la situación es mas compleja que la descrita por la doctrina tradicional respecto del Código Civil de Vélez Sarsfield. Como desarrollaremos en el presente trabajo, cada vez se utiliza menos el dinero físico. Las transacciones se realizan actualmente a través de medios bancarios, lo que trae mayor dificultad para comprender los efectos futuros de gastar el dinero⁹⁶. Esta situación expone una mayor vulnerabilidad de las personas en general y de los menores en particular.

⁹⁶ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 33

V DEL MENOR ADULTO AL CONCEPTO DE ADOLESCENTE

Como mencionamos, en el Código de Vélez los actos se presumen voluntarios con el ingreso a la pubertad, cuando los menores dejan de ser impúberes, a los catorce años. A dicha edad se los denominaba menores adultos. El Código Civil y Comercial persiste en la clasificación binaria de los menores. La palabra impúber cambia por niños y niñas, mientras que la palabra menores adultos por adolescentes.

A partir de la mitad del siglo pasado surgió el concepto de adolescente como la etapa de la vida humana que transcurre entre la niñez y la edad adulta. El cambio está vinculado a cambios políticos, sociales y culturales, que conjuntamente con la perspectiva de género, cuenta con el propósito de dar satisfacción de las necesidades de desarrollo, bienestar y de salud en sentido amplio. De acuerdo a criterios aceptados por la Organización mundial de la salud (OMS), la adolescencia comprende el período comprendido entre los 10 a 19 años⁹⁷, siendo los primeros años hasta los 14, y desde los 15 a 19 adolescencia tardía.

Lo que interesa en el presente trabajo es analizar la evolución del pensamiento en esta etapa, y las habilidades intelectuales que desarrollan los adolescentes para tomar decisiones. Es un proceso que el derecho debe acompañar desde el sistema previsto de autonomía progresiva dando lugar a una voluntad incipiente en el campo patrimonial.

Es durante la niñez y en mayor medida en la adolescencia cuando la persona comienza a celebrar contratos. Son las primeras experiencias en la toma de decisiones económicas, que serán importantes por su influencia en el futuro. Dan Ariely, en su obra *Las trampas del deseo*, analiza a través de investigaciones tendientes a averiguar cuáles son los elementos que influyen en nuestros juicios, y asegura que nuestras primeras decisiones se traducen en hábitos a largo plazo⁹⁸. En su análisis el autor se dedica especialmente a las decisiones sobre consumo, y se refiere a la importancia del efecto ancla al cual nos referimos anteriormente, en el punto III. En lo que se refiere a los adolescentes, esta cuestión adquiere particular importancia porque cualquier influencia no solamente afectará su decisión actual, sino también sus juicios futuros.

Una de las primeras conclusiones a las que arriba Ariely es que las personas por lo general no hacen sus elecciones en términos absolutos sino en términos relativos, asignando valor a los bienes en función de la ventaja de una opción en relación con otra⁹⁹ como cuando consideramos que un restaurant es bueno porque

⁹⁷ <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2011/Estrategia-y-Plan-de-Accion-Regional-sobre-los-Adolescentes-y-Jovenes.pdf> acceso el 23/5/2021 a las 10 45 hs.

⁹⁸ ARIELY, Dan, *Las trampas del deseo*, Editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona 2011 p 56

⁹⁹ ARIELY, *op cit* p 22-23

hay muchas personas. En este caso nos basamos en el comportamiento de otras personas para adoptar una acción, a este supuesto el autor lo denomina “gregarismo”. Es un modo de utilizar el llamado sistema 1 que desarrollamos al tratar el tema del discernimiento. El sistema 1 también opera cuando ocurre lo que Ariely llama “autogregarismo”¹⁰⁰, se da cuando seguimos nuestro propio comportamiento previo en situaciones posteriores. Por este motivo los proveedores dedicarán especialmente a seducir a consumidores adolescentes y así asegurarse una clientela a futuro.

Las personas en general buscan expresar su singularidad frente a los demás, para reafirmar su identidad. En ese camino, estudios realizados por Ariely demuestran que en ocasiones las personas están dispuestas a sacrificar la utilidad personal concreta que se obtiene en el consumo de un producto o servicio por proyectar una determinada imagen frente a los demás¹⁰¹. En este estudio se exponen las diferencias entre la economía *standard*, en la que se supone que todas las decisiones son racionales, y la economía conductual que reconoce deficiencias humanas; influencias del entorno de toda clase, y busca las herramientas necesarias para ayudar a tomar decisiones¹⁰². También la sugestión influye en nuestra percepción, que configura expectativas. Ariely, en su estudio, menciona al poder de persuasión de los placebos. En ellos, reconoce en general dos componentes para configurar expectativas: *la creencia*, por la confianza que ésta produce, y *el condicionamiento*, creando expectativas por una serie de repetidas experiencias¹⁰³.

En materia económica, los actos jurídicos de carácter patrimonial pueden proyectar consecuencias positivas o negativas a futuro. En este sentido, la capacidad progresiva de los menores es una medida que debe acompañar el crecimiento intelectual para ayudar a la toma de buenas decisiones. La protección del patrimonio debiera incluir la protección contra el endeudamiento mediante la educación para un consumo responsable.

a. La persona menor de edad ante el derecho del consumidor

El acto jurídico es la herramienta que el derecho reconoce a las personas para que estas puedan ejercer su autonomía para adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas. Relación jurídica es un vínculo jurídico entre dos o mas personas, con carácter particular, esencialmente variable, del cual surgen derechos y deberes¹⁰⁴, y situación jurídica es la posición que ocupa una persona

¹⁰⁰ ARIELY, *op cit* p 56

¹⁰¹ ARIELY, *op cit* p 257

¹⁰² ARIELY, *op cit* p 260

¹⁰³ ARIELY, *op cit* p 196-197

¹⁰⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2015 p 26

frente a la norma en general, es objetiva y permanente¹⁰⁵. Esta última crea derechos regulados por la ley, pero se encuentran asimiladas a las relaciones jurídicas en cuanto al régimen.

Los actos jurídicos implican decisiones con consecuencias jurídicas, que se proyectan en la esfera patrimonial, o extrapatrimonial. El proceso de decisión en los dos ámbitos mencionados se encuentra regido por criterios diferentes. En su obra *Las trampas del deseo*, Dan Ariely indica la existencia de dos mundos distintos: el de las normas que llama *mercantiles*, y el de las que designa como *sociales*¹⁰⁶. En la esfera patrimonial, cuando está involucrado el dinero, las personas piensan en él, y actúan en forma más autónoma y egoísta, atendiendo a reglas que se supone que cumplen la mayoría de quienes operan en el mercado de bienes y servicios cuya finalidad es mantener o acrecentar un patrimonio¹⁰⁷. En cambio, cuando hay que tomar decisiones que no tienen que ver con el dinero, el discernimiento se evalúa en base a otras reglas.

El sistema 1 al que nos referimos en el punto III b.1 se basa en la intuición, un modo de articular la decisión que se aparta de la forma consciente. Las experiencias vividas almacenadas en la memoria, y las emociones comprendidas son las que proveen la información necesaria para el funcionamiento de la intuición¹⁰⁸. A medida que avanza la edad, la experiencia va creciendo en la memoria de todos los seres humanos por lo que, a mayor edad y mayor experiencia acumulada estamos en mejores condiciones de tomar decisiones. En el caso de los menores de edad, a medida que crecen se va perfeccionando su intuición, y, por lo tanto, su capacidad para tomar decisiones. Estas aptitudes deben acompañarse con estrategias en educación para optimizarlas utilizando los aportes de la neurociencia¹⁰⁹. Al referirnos al proceso de adopción de decisiones, merece una consideración el autocontrol, en especial en cuestiones patrimoniales, en relación al endeudamiento. Ariely, en la obra mencionada, hace alusión a que los adolescentes en muchas ocasiones no son capaces de controlar sus propias emociones¹¹⁰. El problema surge cuando por cualquier motivo las emociones toman el control, y en ese momento se renuncia a un objetivo a largo plazo por una inmediata gratificación¹¹¹.

En el tema contratos, el principio de autonomía de la voluntad, suponía la libertad contractual, entre personas libres e iguales. En este sentido, el Estado interviene en resguardo de intereses privados en la mecánica de la contratación. El contrato

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ ARIELY, *op cit* p 86

¹⁰⁷ ARIELY, *op cit* p 93

¹⁰⁸ LÓPEZ ROSETTI, Daniel, *Equilibrio - Como pensamos, como sentimos, como decidimos*, Editorial Planeta, Buenos Aires 2019 p 267

¹⁰⁹ MANES, Facundo y NIRO, Mateo, *Usar el cerebro*, Editorial Planeta, 3ª. edición, Buenos Aires, 2019 p 119

¹¹⁰ ARIELY, *op cit* p 119

¹¹¹ ARIELY, *op cit* p 129

es ley para las partes (art. 1197 CC y actual 958 y 959 del CCCN). Esta idea clásica de la existencia de una negociación y discusión para que las partes finalmente se pongan de acuerdo en los términos del contrato, suponía a la voluntad como elemento más importante. La negociación y discusión en la mayoría de los casos de contratos de consumo está ausente, y resulta de mayor importancia la buena fe, y la justicia. La voluntad contractual no es perfecta, es una voluntad razonable, que busca satisfacer el interés del consumidor en el marco de un equilibrio contractual. Por ello, en la nueva realidad de los contratos de consumo se hace necesario revisar el concepto de capacidad, su flexibilidad, y colocar el énfasis en la etapa precontractual, en el contenido del contrato y en los mecanismos de defensa del consumidor, tanto judiciales y administrativos. Este último aspecto se encuentra contemplado por la Constitución Nacional en su art. 43.

El contrato actual, señala Lorenzetti, ha devenido en una institución social¹¹². El autor afirma que en la sociedad moderna existe un principio que se denomina *favor debilis*, en razón de las nuevas demandas sociales. Se deja atrás el principio del *favor debitoris* en razón de que se verificó la existencia de deudores fuertes y acreedores débiles, como los empleadores y trabajadores¹¹³. Al detectar las desigualdades fácticas que surgen de la debilidad de una de las partes contratantes, como afirma el autor, una parte del contrato de locación de servicios devino en el Derecho del Trabajo. En el derecho privado encontramos un orden público de protección a la parte débil.

En la segunda mitad del siglo XX, surge el derecho del consumidor, cuya característica no es proteger a un grupo particular, sino a todas las personas en razón de su acceso al mercado de bienes y servicios como último eslabón de una cadena, siendo el destinatario final del proceso productivo. La razón de la vulnerabilidad es la contratación entre una parte profesional y otra que no lo es. En la actualidad, el nivel de especialización existente en las sociedades actuales y la complejidad de sus productos exigen comprender gran cantidad de información referida al bien o al servicio que constituye en objeto de la prestación. Nos encontramos ante una vulnerabilidad cognoscitiva, como la denomina Lorenzetti¹¹⁴, que desafía al principio clásico de libertad contractual, que supone un consentimiento prestado en forma voluntaria. Los grandes volúmenes de información de la que dispone el proveedor, que puede seleccionar, decidir como presentarla, y ocultar. En esos casos cabe pensar en qué medida podemos juzgar el discernimiento para esos actos, que además son contratos por adhesión a cláusulas predispuestas. Esta *vulnerabilidad cognoscitiva*, típica de la relación de consumo, Lorenzetti la analiza en tres situaciones especiales¹¹⁵: una

¹¹² LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni editores, 1ª. ed., Santa Fe, 2003 p 30

¹¹³ LORENZETTI *op cit* p 15

¹¹⁴ LORENZETTI *op cit* p 40

¹¹⁵ *Ibidem*

vulnerabilidad técnica, una *vulnerabilidad jurídica*, y una *vulnerabilidad en el comercio electrónico*. La primera refiere a conocimientos profesionales específicos, la segunda a conocimientos jurídicos y a un aprovechamiento de la falta de experiencia del consumidor frente a determinadas cláusulas, mientras que en la tercera se suma la asimetría de información respecto del medio empleado y su seguridad. El consentimiento en los contratos de consumo se basa en la confianza desplegada por el oferente de bienes y servicios. Así, adquiere suma relevancia el concepto de *apariencia jurídica* como regla para juzgar la oferta contractual, y con pocos elementos formar la voluntad para decidir sobre la aceptación. El consumidor utiliza el llamado sistema 1 sin leer el gran caudal de información suministrado. La influencia de la publicidad y el prestigio de ciertas marcas por su trayectoria en el mercado generan en el consumidor una sensación de seguridad en las operaciones. El deber de información resulta fundamental, deriva del deber de buena fe¹¹⁶, y comprende la etapa de formación del contrato, la ejecución y la etapa poscontractual a fin de permitir el acceso a los derechos derivados del contrato¹¹⁷.

La rapidez de la vida moderna hace necesario estudiar a la luz de la neurociencia los distintos recursos mentales que se ponen en juego. Esto es así para establecer estrategias para intervenir en una necesaria regulación que resulte beneficiosa para los consumidores, y en especial respecto de los adolescentes en esta clase de contratos. En primer lugar, los procesos mentales comienzan con la atención. Es imprescindible la observación. Hay que dirigir los recursos atencionales en la dirección correcta, focalizando todo aquello que está en juego¹¹⁸. Es mediante recursos publicitarios que se puede orientar la atención hacia determinados aspectos de un producto o servicio. Las primeras impresiones pueden llegar a afectar nuestra capacidad de juicio, y por lo tanto es muy importante el poder de la presentación, como así también las expectativas que se generan. En este sentido, Ariely da el ejemplo de la campaña publicitaria “El reto de Pepsi”, mediante la cual se daba a probar la Coca Cola y la Pepsi y luego se determinaba cuál era la que tenía mejor sabor. Lo importante es determinar si la imagen de la marca provoca un aumento de la satisfacción. A través de una resonancia magnética se apreció una actividad cerebral diferente si se revelaba o no el nombre de la bebida. En el caso que se supiera la marca se activaba el área frontal del cerebro¹¹⁹. Concluye Ariely que las percepciones crean estereotipos¹²⁰. En el caso de los menores estos estereotipos primarios son duraderos, y como veremos influyen en el grupo.

¹¹⁶ FERRER de FERNANDEZ, Esther H. S., *El artículo 42 de la Constitución Nacional veinte años después y a propósito de la reciente sanción del Código Civil y Comercial*, CITA ONLINE: AP/DOC/1541/2014, acceso 6/7/2021 a las 23:40 hs. p 2

¹¹⁷ *Ibidem*

¹¹⁸ MANES, Facundo y NIRO, Mateo *op cit* p73

¹¹⁹ ARIELY, *op cit* p 185

¹²⁰ ARIELY, *op cit* p 186

Por otra parte, anteriormente mencionamos a la influencia que tienen las emociones en la libertad, provocando un aumento peligroso del consumo. Esta dificultad fue advertida por Ariely pensando en lo necesario que podría resultar un método para reprimir el consumo cuando se cae en la tentación¹²¹. En lo individual, mediante nuestro autoconocimiento debemos ser conscientes de una inclinación a tomar decisiones erróneas si cedemos a la tentación provocada por emociones intensas. Es interesante la propuesta de Ariely sobre métodos para controlar el consumo mediante una tarjeta de autocontrol individual a medida de las necesidades de cada persona, que permita a cada consumidor decidir en forma racional restringir sus consumos en cada uno de los rubros de consumo¹²². Cada persona podría elegir su propio método para evitar un endeudamiento muy perjudicial. A propósito de este problema, más adelante trataremos a los contratos bancarios para los adolescentes. Sin embargo, este problema se extiende a todos los consumidores y es de interés general que haya un equilibrio entre el consumo, el ahorro y el endeudamiento porque, a pesar de pertenecer al ámbito de la macroeconomía, impacta por sus consecuencias negativas en los consumidores en forma individual. Los efectos del endeudamiento, como los intereses y gastos, causan sorpresa entre los consumidores por falta de conocimiento. Para los adolescentes, como desarrollaremos, existe un control realizado por el titular de la cuenta de la tarjeta a través de un límite de gastos, y es esta medida la que facilita el reconocimiento de la capacidad de los adolescentes para los actos de consumo.

En nuestro país, a la ley 24.240, en adelante LDC, se le dio el título “*Normas sobre protección y defensa de los consumidores*”, sin hacer mención al carácter de contrato de los actos de consumo. En la regulación, el derecho del consumidor es de naturaleza protectoria, siendo esta ley de orden público en razón de las vulnerabilidades mencionadas. La protección va más allá del ámbito contractual, se regula la etapa precontractual de manera especial.

La reforma de nuestra Constitución Nacional en el año 1994, incorporó a los derechos de los consumidores en su artículo 42. Allí se hace referencia a la relación de consumo, y se describen los distintos aspectos de la protección: salud, seguridad, intereses económicos, información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Además de la protección de estos derechos, el artículo menciona a la defensa de la competencia de toda forma de distorsión de los mercados. Este último aspecto hace más eficiente la defensa del consumidor¹²³, pero como complemento de otras medidas que son necesarias para una adecuada protección. El artículo 43 permite la acción de amparo para la protección de los derechos que protegen a la competencia, al usuario y al consumidor entre otros. En 2008 se sancionó la ley 26.361 que modificó la LDC, y en su artículo 1° amplió el ámbito de protección, incluyendo en

¹²¹ ARIELY, *op cit* p 141

¹²² *Ibidem*

¹²³ LORENZETTI, *op cit* p 57

el concepto de consumidor a quien no contrató, y a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo. La protección que brinda el sistema de protección al consumidor se complementa con la solidaridad impuesta por la ley respecto del cumplimiento, la garantía y la responsabilidad objetiva (artículos 2, 13 y 40 de la LDC) entre el proveedor, el importador y el fabricante, situación que modifica el principio del efecto relativo de los contratos. La garantía legal se extiende a los vicios redhibitorios, frente a los cuales la norma del artículo 18 de la LDC dispone que no puede invocarse lo dispuesto por el artículo 2176 del CC (actual artículo 1053 de CCCN). De este modo, aunque el adquirente debió haber conocido el vicio, igual queda cubierto por la garantía legal. En casos de venta domiciliaria, o venta por correspondencia y otras, como electrónicas o similar, el consumidor tiene dentro de los diez días corridos desde la fecha en que se celebre el contrato, o se entregue la cosa, lo último que ocurra, el derecho a revocar la aceptación (arts. 32, 33 y 34 LDC, y 1110 del CCCN).

El CCCN regula los contratos de consumo a continuación de la parte general de contratos, y antes de hacerlo con los contratos en particular, y no contiene disposiciones específicas sobre la capacidad para contratar. Antes de referirse al contrato de consumo, define en el artículo 1092 “la relación de consumo”, en la cual no solamente están incluidas las partes en el contrato (segundo párrafo), aunque no contiene el enunciado “y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. También se modificó el artículo 1° de la LDC en el mismo sentido. En los fundamentos del Título III Contratos de Consumo se dan las razones, y se plantea para la interpretación el llamado “diálogo de fuentes” entre el Código y la ley especial. Es un sistema legal integrado compuesto por: *“los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas”* (fundamentos del Título III Contratos de Consumo). El artículo 1094 del CCCN establece que, en caso de duda interpretativa entre el Código y la ley especial, prevalece la norma más favorable al consumidor, conforme al principio de protección al consumidor.

Teniendo en cuenta estos principios del sistema de defensa del consumidor, y las disposiciones establecidas respecto de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, queda establecer si este brinda una protección suficiente que permita reconocer la capacidad de los adolescentes para dichos actos, sin que sea necesario establecer la incapacidad de ejercicio para los contratos de consumo. Los contratos predispuestos, o también llamados “*standards*”¹²⁴ regulados en nuestro CCCN nos llevan a replantear el análisis de la voluntariedad respecto de dichos actos, en especial el discernimiento. Por su

¹²⁴ LORENZETTI, *op cit* p 233/234

masividad y la complejidad de sus disposiciones el adherente solamente estará en condiciones de utilizar el sistema 1 en el esquema de Kahneman dada la limitación de tiempo y energía. En estos casos el discernimiento está relacionado con la apariencia y la intuición, confiando en la buena fe, en especial en que las cláusulas limitativas de la responsabilidad por daños sean razonables y estén justificadas.

En nuestro derecho interno, el Código Civil y Comercial, como nos referimos en el punto III d. la mayoría de la doctrina sostiene que los menores de edad se encuentran en una condición básica de incapacidad. Los menores se encuentran bajo la responsabilidad parental de sus progenitores. La expresión patria potestad fue reemplazada. El artículo 638 del CCCN define a la responsabilidad parental como: “...*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea mayor de edad y no se haya emancipado*”. La titularidad y el ejercicio corresponde a los progenitores, pudiendo estos delegar el ejercicio en circunstancias excepcionales (art. 643 CCCN). El artículo 639 enumera los principios establecidos en la CDN: *interés superior del niño, autonomía progresiva*, que a medida que aumenta disminuye la representación, y *derecho a ser oído*, y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. La responsabilidad parental vinculada a la educación y formación de los hijos persigue “...*la orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;*” (art. 646 inc. d CCCN). De igual modo, comprende la administración de los bienes de los hijos menores de edad, que se debe ejercer en forma conjunta entre ambos progenitores, excepto cuando hayan delegado la administración conforme lo dispuesto por el CCCN. Asimismo, puede acordarse entre los progenitores que uno sólo de ellos ejerza la administración (art. 687 CCCN). Quedan excluidos de la mencionada administración los bienes que la persona menor de edad adquiere con el producto de su trabajo o profesión (art. 30 CCCN). El consentimiento debe ser expreso, y en el caso de imposibilidad o negativa de uno de los cónyuges, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar (art. 645 inc. e. CCCN), excepto cuando se trate de actos conservatorios (art. 685 CCCN). Se observa que en esta cuestión patrimonial el Código privilegia el interés familiar para resolver en caso de conflicto, y no interés superior del niño. En el último párrafo del artículo se indica que, en el caso de hijos adolescentes, estos deben prestar el consentimiento expreso. Los adolescentes también deberán prestarlo en el caso de contratos de servicios a prestar por el hijo, o para que aprenda algún oficio (art. 682 CCCN).

Teniendo en cuenta el principio de autonomía progresiva, y la CDN, podemos considerar si se puede reconocer capacidad a los adolescentes para los contratos de consumo. La rigidez que contenía el Código Civil derogado respecto del sistema de incapacidad de los menores, no contemplaba los actos jurídicos que estos realizaban con dinero de bolsillo para contratar productos y servicios

esenciales para la vida cotidiana. Esta situación fue reconocida en el art. 26 del Proyecto de 1998, y hoy en el art. 684 CCCN. Durante la vigencia del anterior Código Civil, ya en el siglo veinte tenía lugar una autonomía progresiva de hecho respecto de estos actos, indispensable para una socialización. En la actualidad, las formas de contratación que imponen los tiempos actuales, el dinero de bolsillo para pequeñas compras va siendo reemplazado por tarjetas de débito o crédito, y medios electrónicos y virtuales. En el caso de las tarjetas de crédito puede generarse deuda. En estos casos puede ocurrir que el adolescente trabaje o posea una extensión de tarjeta. En el primer caso puede disponer libremente del dinero proveniente de su trabajo, y puede efectuar gastos de acuerdo a los ingresos que posea. Si no trabaja, y tiene una extensión, utilizará el crédito del titular, que será uno de sus progenitores, quien como veremos, deberá establecer un límite, y una vigilancia de la utilización de la tarjeta.

En casos especiales, como la disponibilidad de fondos provenientes de herencia, legado o donación, si se demuestra madurez, podría pensarse en una emancipación que facilite al adolescente la disposición de los mismos. Puede ocurrir también que el adolescente ahorre dinero para el logro de un objetivo, y vaya acumulando pequeñas sumas, y vayan conformando un monto importante. En este caso entendemos que esos fondos deben ser de libre disponibilidad para el adolescente.

Nuestro CCCN divide a los menores en dos categorías, de la misma manera que el código anterior. En el mismo se les denominaba menores adultos a quienes tuviesen 14 años cumplidos. La razón era que a esa edad se les reconocía discernimiento para los actos lícitos. A los 14 años se consideraba el comienzo de la pubertad en el derecho romano, con lo cual la madurez intelectual estaba relacionada a la posibilidad de procrear.

Con la sanción del CCCN también se estableció una distinción dual: niños o niñas, y adolescentes. La segunda categoría a partir de los 13 años.

En una tesis doctoral, premiada por el Instituto de la Juventud (INJUVE), dependiente del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 del Gobierno de España, se sitúa de modo genérico a la adolescencia como el grupo comprendido entre los once y veintiún años¹²⁵, mayor a la establecida en nuestro CCCN. Para el estudio, elige una franja etaria amplia para definir el grupo, contemplando los cambios biológicos, psicológicos y sociales, entendiéndolo que los límites son imprecisos. Es la etapa comprendida entre la niñez y la edad adulta. En el trabajo se observa un análisis sobre los adolescentes como consumidores, un estudio sobre su personalidad, opiniones, valores, o intereses, con un objetivo publicitario.

¹²⁵ IZCO MONTROYA, Elena, Tesis: *Los adolescentes en la planificación de medios. Segmentación y conocimiento del target*, introducción, p 7, acceso el 1/2/2021 a las 22:35 hs. en http://www.injuve.es/sites/default/files/introduccion_2.pdf

En la adolescencia comienzan a observarse cambios físicos y psicológicos, como período de transición entre una situación de dependencia de los adultos, y la madurez mental. Cada ser humano es único, con atributos y cualidades individuales, a pesar de las generalizaciones. En este período aparece la búsqueda de una personalidad con rasgos propios, una nueva identidad, y la necesidad de su afirmación frente a los demás.

La tesis mencionada aborda el estudio del consumo adolescente, definiendo como tal el gasto que realizan en bienes y servicios, los individuos de entre once y veintiún años¹²⁶. El estudio basado en adolescentes españoles, puede ser aplicarse entre nosotros por la similitud de nuestra cultura. La característica sobre el consumo en este segmento de personas, tiene que ver con que la finalidad no son directamente las necesidades derivadas de la supervivencia, como lo describe el análisis, sino el cumplimiento de otros objetivos, que son la diversión, la reafirmación de su identidad, la integración a un grupo, entre otros. También asegura que los adolescentes ejercen una influencia cada vez mayor en el consumo de los adultos. En este sentido, podemos dividir entre un consumo propio, y otro en beneficio familiar. El tiempo libre del que disponen en general los adolescentes, es generador de consumo en determinados bienes, como libros, música, juegos, etc.

El art. 684 del CCCN circunscribe la capacidad del hijo a contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana. A la imprecisión sobre el monto se le agrega el carácter de cotidiano dejando de lado aquellos gastos esporádicos para los cuales el menor posee discernimiento, como por ejemplo viajes por vacaciones, tecnología, etc.

Es difícil establecer el límite entre los actos de escasa cuantía respecto de los que no lo son. Por otra parte, el artículo 684 CCCN en su redacción, al disponer que los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de sus progenitores, puede dar lugar a la interpretación de que se trata de una incapacidad de ejercicio suplida por la asistencia de los progenitores, que la presume. Sin embargo, ¿qué ocurre con aquellos actos de consumo tengan la característica de ser considerados de menor cuantía de la vida cotidiana? Puede interpretarse que para ellos son incapaces, y que no se presume la autorización. La norma se refiere “al hijo”, sin especificar si se trata de niño, niña, o también el adolescente. Una interpretación literal nos lleva a sostener que comprende a ambas categorías. El artículo 26 del CCCN, como vimos en el punto III d), en su primer párrafo, reza como principio que los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. De modo tal que no solamente, interpretado en forma literal, introduce la incapacidad como regla, sino además la representación legal como sistema de protección. En el párrafo

¹²⁶ IZCO MONTOYA, *op cit*, cap 3 *Los adolescentes como consumidores*, acceso el 2/2/2021 a las 11:30 hs. en: <http://www.injuve.es/sites/default/files/3%20-%20los%20adolescentes%20como%20consumidores.pdf>

siguiente, hace referencia a quienes cuenten con edad y grado de madurez suficiente, disponiendo que pueden ejercer los actos “que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Entonces, el acto en cuestión, para juzgar si está permitido o no, no debe atenderse a la madurez, aunque se la menciona, sino al hecho de estar autorizado por el ordenamiento jurídico. Agrega el artículo en cuestión que puede intervenir con asistencia letrada. Aquí si no hay duda del reconocimiento de una capacidad para actuar por derecho propio, con un letrado que defienda las preferencias del menor, y del derecho a ser oído en todo asunto que lo afecte. Esto último comprende no solamente escucharlo, si no valorar su opinión. En la decisión habrá que considerar la opinión del niño, niña o adolescente y justificar las razones para apartarse de las mismas, o de lo contrario la resolución sería arbitraria. Luego el artículo 26 describe el sistema de capacidad progresiva para los actos médicos o de cuidado del propio cuerpo. En estos últimos está en juego la salud o la vida de la propia persona, en cambio si ingresamos en el ámbito patrimonial, en los contratos están en cuestión la seguridad en el tráfico jurídico. Sería conveniente que el CCCN contenga normas claras que brinden una protección necesaria al menor de edad, y que al mismo tiempo dé seguridad a quienes contratan con él. Resulta conveniente que una norma como la del artículo 684 que reconoce capacidad, con conformidad expresa o tácita de los progenitores, comprenda a todos los contratos de consumo y no se haga alusión a la condición de menor cuantía, por su imprecisión.

b. las pruebas PISA en la Argentina

A continuación, estudiaremos los diferentes aspectos a considerar de los contratos de consumo que permitan la posibilidad de aplicar el principio de autonomía progresiva a los contratos de consumo, y a los adolescentes como adquirentes de bienes y servicios.

A tal efecto, es imprescindible analizar estadísticas sobre evaluación de procesos de aprendizaje como el Programa para la Evaluación Internacional de Estudiantes, en adelante Pruebas Pisa (*Programme for International Student Assessment*), implementado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Se miden tres capacidades: Lectura, Matemáticas y Ciencias. La evaluación se realiza cada tres años, y el último informe fue del año 2018. En aquel año se tomó una muestra constituida por 458 escuelas y 14.546 estudiantes. A nivel nacional, 52% de los participantes en las pruebas fueron mujeres, y 48% varones¹²⁷.

¹²⁷ Pruebas PISA, *Informe de resultados*, p 50, acceso el 25/5/2021 a las 15 20 hs. en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/argentina_en_pisa_2018_informe_de_resultados.pdf

El programa PISA evalúa las habilidades y conocimientos fundamentales que adquieren estudiantes de quince años para una activa y plena participación en la sociedad actual.

Estos datos son primordiales como puntos de partida para que el derecho pueda determinar si un adolescente se encuentra con aptitud para tomar decisiones, en relación a las capacidades progresivas que el Código Civil y Comercial les atribuye a los adolescentes. Las tres áreas evaluadas guardan relación con las habilidades necesarias para la toma de decisiones.

Los componentes en el área de la evaluación de lectura comprenden la capacidad para interpretar, reflexionar y comprometerse con los textos escritos, a fin de alcanzar metas propias, desarrollar el conocimiento y potencial personal, y participar en la sociedad. El estudiante desarrolla una capacidad lectora para poder acceder a la información, integrarla e interpretarla para comprender mejor los textos informativos propios de las ciencias.

Las conclusiones de las Pruebas PISA sobre la capacidad de lectura de los estudiantes en 2018 demuestran que, cada cuatro estudiantes de 15 años evaluados, dos se encuentran han alcanzado o superado todo aquello que desde PISA se define como las competencias mínimas para manejarse en la sociedad actual, teniendo los conocimientos suficientes para la comprensión básica de las situaciones y un primer avance en la resolución de las situaciones que se les plantean¹²⁸. A la capacidad lectora PISA la denomina “lectocomprensión”. Esta destreza es fundamental para el ejercicio de los derechos en el ámbito patrimonial. Con 401,5 de puntaje promedio, por debajo del promedio de américa latina (407,2) es el desempeño obtenido por los estudiantes argentinos en lectura¹²⁹. En el informe se pone énfasis en que en el promedio tiene influencia esa mitad de los estudiantes con muy bajos niveles de logro¹³⁰. En una mirada sobre la evolución del desempeño respecto de años anteriores, en el informe se observa una mejora respecto del año 2006, pero con valores por debajo de los obtenidos en el año 2000¹³¹. Todavía uno de cada dos estudiantes se mantiene por debajo del nivel de desempeño respecto de aptitudes para reconocer la idea principal de un texto, localizar datos, comprender relaciones o construir significados a partir de una parte de un texto con información sencilla¹³². En este sentido la falta de comprensión de los textos significará un déficit en la capacidad de juicio por tener el sistema 2 mencionado menos herramientas para la toma de decisiones.

El contrato tal como es concebido en la forma tradicional ya ha entrado en crisis, pero resulta imprescindible desarrollar una lectura rápida y comprensiva de la

¹²⁸ *Ibidem* p 57

¹²⁹ Pruebas PISA *op cit* p 64

¹³⁰ *Ibidem* p 65

¹³¹ *Ibidem* p 74

¹³² *Ibidem*

naturaleza del acto que va a celebrarse, luego deberán jugar el principio rector de buena fe, y los restantes necesarios cuando haya una desigualdad fáctica. La lectocomprensión es un aspecto fundamental a tener en cuenta al momento de considerar la capacidad de los adolescentes en cuanto a las posibilidades de implementar el sistema de autonomía progresiva y su alcance. Es fundamental la habilidad para la síntesis de textos extensos, para resumir y poder seleccionar lo relevante en los instrumentos soporte de los actuales contratos complejos.

En lo que respecta a matemática, el objeto de la evaluación es la capacidad para formular, emplear, interpretarla en diferentes contextos, y poder comunicarlo en forma eficaz. También se incluye el propósito de reconocer la función del campo de la matemática en el mundo actual y relacionarse con este saber para una ciudadanía comprometida y reflexiva, y para la vida cotidiana. El nivel de desempeño muestra que solamente el 31% de los estudiantes evaluados alcanza el umbral mínimo de competencias de las capacidades que mide PISA¹³³.

En esta área, para resolver situaciones en las cuales sea necesario organizar información, comparar opciones, calcular consecuencias y buscar soluciones alternativas, se evalúa a los estudiantes a fin de que puedan aplicar e interpretar cuestiones matemáticas en contextos de la vida real. Al momento de desarrollar un emprendimiento resulta fundamental el desarrollo de aptitudes para contar con herramientas adecuadas para tomar decisiones que incluyen, por ejemplo, organizar un presupuesto, tomar un crédito, estimar una potencial ganancia. Las destrezas en el campo de la matemática incluyen la capacidad de razonar matemáticamente y emplear sus procedimientos para describir, explicar y predecir los diferentes fenómenos. Estos conocimientos sobre conceptos y procedimientos son necesarios como presupuestos para que el estudiado sistema 2 pueda actuar, ya sea por sí, o derivando la cuestión al sistema 1. En el informe PISA 2018 también se menciona la importancia de la evaluación para tomar decisiones respecto a definir un consumo¹³⁴. Las posibilidades de una conciencia sobre las ganancias y pérdidas, y la de evaluar las distintas alternativas en el comportamiento como consumidor se ven afectadas por estos resultados, en relación a un discernimiento real analizado en el punto III del presente trabajo.

El pensamiento científico fortalece la aptitud mental para resolver problemas utilizando en mayor medida el sistema 2 con mayores herramientas mejorando el análisis de datos, evitando las intuiciones estadísticas con mayor facilidad. Una formación mejor en ciencias estimulará la duda y la investigación en este campo.

¹³³ *Ibidem* p 13

¹³⁴ Pruebas PISA 2018 p 80

c. el derecho a la información

La información en la etapa precontractual es el presupuesto necesario para la formación de la voluntad del consumidor en los términos del artículo 260 CCCN. La ausencia de información, o su insuficiencia, afecta el discernimiento. Este es un proceso complejo, muy difícil de ser comprendido en su totalidad por el derecho. No se puede hacer un juicio, y distinguir lo conveniente de lo inconveniente en orden a la consecución de un fin particular, si no se conocen los elementos necesarios.

La complejidad de la vida contemporánea y la necesidad de contar con mayores conocimientos en cuestiones técnicas, provocan la necesidad de aceptar un contrato sin entender, o incluso sin tener tiempo para leer todas sus cláusulas y normas a las que hagan referencia. Esta situación provoca la necesidad de prestar el consentimiento sin posibilidad de conocer todo el contenido del contrato. Entonces, el discernimiento no reposa en el conocimiento propio que no se tiene, sino en la confianza. A pesar del desconocimiento del consumidor de varios aspectos del contrato, para formar su voluntad necesita contar con la información necesaria para no resultar sorprendido. Aunque no conozca en detalle los términos de la operación, debe coincidir con los términos que supone de acuerdo a la información recibida y la buena fe del proveedor. Asegura Shina que el desconocimiento obliga a la confianza, y que el problema surge cuando quien informa sobre un producto al mismo tiempo lo vende¹³⁵. A la confianza está obligado el consumidor por estado de necesidad. El ejemplo paradigmático es el contrato de seguros estudiado por Sobrino en la obra del autor mencionado, dada la necesidad de contar con una póliza de seguros para circular si se posee un automóvil.

La falta de discernimiento afecta la libertad y la intención. No puede considerarse libre un acto en el cual no se pudo evaluar las distintas opciones para tomar una decisión, o como en el caso del contrato de seguros, no se tuvo alternativas. Hay un resultado típico del negocio, que el consumidor espera, los efectos del contrato, que cuando no se materializa, está afectada la intención contractual¹³⁶.

Además, la falta, o deficiencia de conocimiento por parte del consumidor, implica una asimetría entre las partes contratantes. El conocimiento que tiene el proveedor de bienes y servicios, que no transmite, tiene como consecuencia la desigualdad entre las partes, una de las partes (el proveedor) cuenta con todos los conocimientos necesarios para prever todos los efectos del contrato, mientras que la otra no. Posiblemente esto afecte el equilibrio del contrato. En los contratos en masa juegan distintas variables, no solamente jurídicas. También principios de macroeconomía.

¹³⁵ SHINA, Fernando, *Daño al consumidor*, Astrea, Buenos Aires 2014. p 18

¹³⁶ *op cit* p 19

En esta clase de contratos de consumo, el análisis referido a los menores, o actualmente niños o adolescentes, debe realizarse teniendo en cuenta los elementos estudiados. El discernimiento no está basado en la madurez intelectual, sino en la confianza en el proveedor de los bienes y servicios. Aquí los medios, especialmente internet, y la publicidad juegan un papel fundamental respecto de los adolescentes, que son grandes consumidores de los mismos dado que poseen mayor tiempo para el ocio que los adultos. Allí los anunciantes tienen una gran audiencia. Entre las conclusiones del estudio mencionado se encuentra el hecho que conviene establecer un vínculo afectivo con el adolescente, para lograr una fidelidad pensando el consumo futuro como adulto¹³⁷.

Al estudiar la información en los contratos de consumo, estudiamos no solamente el consentimiento, el cual se vincula con exclusividad a la formación del contrato, sino también a otro elemento esencial de los contratos: la causa o finalidad.

A pesar del anti causalismo que Llambías la atribuye al Código de Vélez¹³⁸, analizando su art. 953, no niega la existencia de la causa fin, sino que la ubica en el objeto, entendiendo que el mismo no solamente es la materia del acto, sino apreciada en función al interés o fin al que ella sirve¹³⁹. Si consideramos ambos elementos por separado, el objeto es cierto, y el fin, lícito o ilícito. Llambías reconoce la existencia de la causa impulsiva, que la sitúa en la intención. Concluye que los fines ilícitos o inmorales provocan la ilicitud del acto, y que el fin ilícito del acto, hace ilícito su objeto¹⁴⁰.

El CCCN en su art. 281 CCCN reconoce expresamente a la causa fin como elemento de los actos jurídicos, y mantiene el concepto amplio de objeto en su art. 279, similar al del art. 953 del derogado Código Civil.

La causa o finalidad, como la denomina Videla Escalada es el elemento profundo del contrato¹⁴¹. En el análisis de la causa, entramos en la consideración de los elementos internos de la voluntad, no en el plano de lo bueno y lo malo, sino de lo conveniente e inconveniente. Señala el autor mencionado que la causa es la razón de ser del contrato para las partes. En el análisis de ella podrá encontrarse la respuesta al interrogante si la información fue suficiente o no. En los contratos de consumo, a los cuales son aplicables las normas protectorias del consumidor, para determinar la causa común deberá situarse la vista en el consumidor.

Si consideramos que la causa existe como elemento esencial de los actos jurídicos, y de los contratos, no podemos prescindir de su consideración. La causa

¹³⁷ IZCO MONTOYA, *op cit*, conclusiones p 7. acceso el 2/2/2021 en: http://www.injuve.es/sites/default/files/conclusiones_2.pdf

¹³⁸ LLAMBÍAS, *op cit*, Tomo II, p. 345

¹³⁹ *op cit*

¹⁴⁰ *op cit* p. 346-347

¹⁴¹ VIDELA ESCALADA, Federico, *LA CAUSA FINAL EN EL DERECHO CIVIL*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires 1968 p. 12 -19

es uniforme, invariable en cada figura contractual, repetida, infalible en todas las hipótesis. No se trata de los motivos particulares que pudieran haber tenido los contratantes.

Siguiendo al autor citado, es importante destacar que en los contratos de consumo es importante orientar la mirada hacia el cumplimiento. La causa considerada con un criterio subjetivo como elemento de los contratos es la que vincula el consentimiento con el cumplimiento. En estos contratos entran a jugar factores económicos, y reglas de mercados con regulaciones, y debe llegarse a un resultado que combine voluntad y equivalencia. En estos casos la causa está dada por la expectativa del consumidor respecto del cumplimiento en relación a la información recibida. Es trascendental para la protección individual evitar un resultado perjudicial. La causa considerada objetivamente impide que haya un enriquecimiento sin una justificación. Es la equivalencia entre el precio y la prestación, teniendo en cuenta las variables económicas, la necesidad y el conocimiento del consumidor.

En los contratos de consumo, como en los demás contratos, la causa tiene una base subjetiva, dada por los motivos para contratar por parte del consumidor, pero es imprescindible asegurar la seguridad en el tráfico jurídico. Es por ello que el art. 281 del CCCN la define como el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Se trata del fin típico de la especie de acto jurídico de que se trate. Además, agrega que los motivos para constituir la causa, deben ser lícitos, exteriorizados e incorporados expresa o tácitamente al acto si son esenciales para ambas partes. La norma ubicada en la parte general comprende, obviamente a los contratos, cuyos preceptos remiten a ella (art. 1012). Estas disposiciones dan por finalizada la controversia entre causalismo y anti causalismo, aceptando a la causa como elemento esencial de los actos jurídicos en general. El artículo 1013 expresa la necesidad de la existencia de la causa en las diferentes etapas del contrato; formación, celebración y ejecución. Concluye que la sanción según los casos es la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

Teniendo en cuenta las normas analizadas, la causa en los contratos de consumo es la expectativa desplegada por el proveedor al consumidor sobre la utilidad del producto o servicio, tomando como base la publicidad y la oferta desplegada a través de los distintos medios de comercialización. Es ineludible entonces, vincular el cumplimiento a la publicidad e información recibida en el momento de la oferta. Es importante que esta información sea clara, suficiente y adecuada al nivel de comprensión de una persona que no posee conocimientos técnicos.

La confianza del consumidor se apoya en unos de los activos mas preciados de las empresas, que es la marca. No es un activo material, sino que se encuentra en

la mente de los potenciales compradores¹⁴². En estudios mencionados en la obra citada de Ariely y Kreisler, se asegura que las marcas registradas generan expectativas e incrementan la percepción de valor¹⁴³. El cerebro incrementa la experiencia de la compra provocando que el anticipo y preparación de la compra provoque placer¹⁴⁴, y enriquecen la valía de la compra en nuestro cerebro provocando que realmente se disfruten más por una activación en el córtex prefrontal dorsolateral, un lugar del cerebro relacionada con los recuerdos culturales y las emociones¹⁴⁵. Se genera una devoción por la marca, y a futuro un autogregarismo.

No se puede soslayar la importancia de la marca y del prestigio del fabricante y, o proveedor como elemento determinante para contratar. La marca no solamente permite la identificación del producto en relación a los de la competencia, promoción, publicidad, sino que para muchas personas es una definición de su identidad¹⁴⁶. La marca tiene una importancia fundamental en la causa de la contratación, dado que ante la imposibilidad de contar con toda la información y comprenderla, es la que le aporta la seguridad a la hora de elegir, es ir a lo conocido¹⁴⁷. Resulta difícil conocer los motivos por los cuales se valoran las marcas, en muchos casos pueden ser más emocionales que racionales como lo reconoce la tesis citada. En el caso de los adolescentes el estudio asegura que generan un vínculo de afecto porque reflejan su modo de pensar, mostrarse como quieren que los vean. Para los adolescentes la marca se vincula a la construcción de su identidad, y a la pertenencia a un grupo. Lo que la marca representa para el adolescente puede ser el elemento determinante de la voluntad, como la expresión de Kapferer: “producto es lo que la empresa fabrica, marca es lo que el cliente compra”¹⁴⁸.

d. la contratación por tarjetas bancarias, *e commerce* y plataformas digitales

En la materia que nos ocupa es importante estudiar la importancia del dinero, y como pensamos en él en orden a la toma de decisiones vinculadas a lo monetario. El dinero, dice Harari, no es una realidad material, sino “un constructo psicológico”. Es un sistema universal de confianza mutua, y asegura que es el más eficiente que se haya inventado¹⁴⁹. El dinero tiene un valor cultural, y en un comienzo eran

¹⁴² IZCO MONTROYA, *op cit*, Capítulo 3, p. 61

¹⁴³ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 242

¹⁴⁴ *Ibidem* p 238

¹⁴⁵ *Ibidem* p 243

¹⁴⁶ *Ibidem*

¹⁴⁷ *Ibidem* p. 62

¹⁴⁸ *Ibidem* p. 61

¹⁴⁹ HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses - Breve historia de la humanidad*, Penguin Random House Grupo Editorial, 17ª. Ed, Buenos Aires, 2019 p 203

objetos con un valor intrínseco real¹⁵⁰, se desarrolló hasta nuestros días, y continúa su avance y perfeccionamiento, existiendo incluso en la actualidad monedas virtuales de cambio.

Ariely y Kreilser, en la obra que citamos en el punto III a. sostienen que: “...nuestras decisiones en relación con el dinero afectan a más cosas que al dinero en sí”¹⁵¹. En cuestiones relacionadas con el consumo de bienes y servicios, como en otras áreas, el derecho tiene una función preventiva. La cantidad de decisiones, su complejidad, necesidad y rapidez de las mismas en el mundo actual, merecen un análisis del proceso de toma de decisiones sobre el dinero. Esta situación hace necesario un replanteo de la noción tradicional de discernimiento, en orden a distinguir lo bueno de lo malo, o lo conveniente e inconveniente. Los desafíos tienen que ver con la búsqueda de maneras correctas de pensar en la utilización del dinero en forma *racional*, buscando los errores comunes cometidos en tal sentido. En este orden de ideas, se podría pensar en una educación financiera sobre el manejo del dinero, en definitiva, un autoconocimiento de la psicología del ser humano en relación a los temas monetarios.

El dinero como bien fungible, cumple varias funciones, entre ellas, de manera directa, es un símbolo que constituye el común denominador de todos los valores, y como tal se utiliza en el intercambio de bienes y servicios; y también permite ahorrar. Tiene un carácter representativo de los bienes y servicios que se pueden intercambiar con él. Así, facilita el intercambio sin necesidad de emplear un gran esfuerzo en negociaciones.

En el punto III b.3 del presente trabajo nos referimos a la carga emocional de los seres humanos ante la posibilidad de las pérdidas y su influencia en el proceso de toma de decisiones. Específicamente en lo referente al dinero, Ariely y Kreisler, en su trabajo nos introducen la idea del *dolor de pagar*¹⁵². Ellos mencionan estudios realizados en los que se concluye que el pago activa lugares del cerebro en los que se procesa el dolor físico¹⁵³. Este dolor está presente cuando hay una pérdida, cuando se renuncia a algo. Es el hecho de entregar el dinero la idea del gasto, que implica una renuncia. Esta situación los autores la denominan “coste de oportunidad”. Este concepto aludido indica todo a lo que se renuncia cuando se realiza un gasto, tanto en el presente como en el futuro. Elegir significa renunciar a las alternativas, sacrificar consciente o inconscientemente lo que no va a suceder. A ello se le suma el temor a una decisión errónea. En un análisis racional, los consumidores deberían calcular el valor real de los productos y servicios, y comparar las alternativas, y así arribar a una decisión. La influencia externa a nuestra libertad en materia de consumo es indudable, y aparece a través del

¹⁵⁰ HARARI, *op cit*, p 204

¹⁵¹ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *Las trampas del dinero*, Editorial Ariel, Barcelona 2018 p 15

¹⁵² ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 103

¹⁵³ *Ibidem*

efecto ancla mencionado en el punto III. Para la ley de la oferta y la demanda, el consumidor en el momento de realizar una operación solamente debería tener en cuenta el valor que le da al bien o servicio que se dispone a adquirir. Sin embargo, influye el precio de venta, funcionando como ancla. La persona tendrá en mente un precio sobre el cual hará una comparación, la cual tendrá una influencia muy importante en su decisión¹⁵⁴. El que funciona como ancla es el primer precio de venta. Este es una referencia, la cual es una influencia inconsciente a partir de la cual las decisiones sobre ese bien o servicio serán consideradas buenas o malas, y será el punto de partida para la elección de compras futuras¹⁵⁵. Esto es así porque ante situaciones análogas el ser humano tiende a confiar en decisiones previas en las que se hizo la primera valoración. El precio sugerido por el fabricante también es un ancla sobre el cual se pueden ofrecer descuentos. El efecto ancla es la aplicación del sistema 1 mencionado por Kahneman, intentando sustituir un interrogante difícil como intentar traducir a dinero el placer que puede aportar el consumo de un producto, de difícil respuesta, por un precio establecido como punto de partida. Ariely y Kreisler, en su libro, ilustran como un ejemplo paradigmático lo arbitrario que resultan los precios en el mundo del arte, y lo difícil que resulta poder fijar una suma de dinero que represente el valor. Como ejemplo menciona lo ocurrido después de la muerte del artista Andy Warhol, cuando se ofreció a la venta un inmueble de su propiedad en un precio de 50 millones de dólares. Este monto fue modificado, y terminó concretándose la operación por 27,5 millones de dólares. Aquí funciona de manera intensa el efecto anclaje según los autores, quienes aseguran que si en forma inicial el precio se hubiese fijado en 9 millones de dólares hubiese habido una alta improbabilidad de que el precio final termine multiplicado por tres teniendo en cuenta el precio de los inmuebles vecinos¹⁵⁶.

La cuestión a dilucidar es la influencia que puede haber en nuestro discernimiento para determinarnos a contratar, en cuyo caso las regulaciones de las normas sobre consumo vienen a corregir una cierta incapacidad que hay en nuestro discernimiento. Cabe preguntarse si esta vulnerabilidad puede existir en mayor medida en los adolescentes, quienes comienzan progresivamente su vida de adultos en el ejercicio de sus derechos, para lo cual comienzan a formar criterios, estableciendo sus propias anclas para futuras decisiones.

En determinadas situaciones, en el ámbito comercial, se ofrecen productos o servicios en forma gratuita, lo que provoca una respuesta emocional muy positiva porque no solamente elimina el dolor de pagar, sino que además no hay temor de haber tomado una mala decisión¹⁵⁷. Generalmente ocurre cuando va asociado a un producto o servicio que sí tiene costo, o bien se trata de una oferta temporal

¹⁵⁴ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 139

¹⁵⁵ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 143

¹⁵⁶ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 149

¹⁵⁷ ARIELY, ARIELY, Dan, *Las trampas del deseo*, P 75

para conocer y comenzar a utilizar un servicio que después deberá darse de baja o comenzar a pagarlo. Una vez que el consumidor se encuentre utilizando el producto, le será más difícil dejarlo, lo que se vivirá emocionalmente como una pérdida.

Los seres humanos buscan huir del dolor, aunque no sea eliminando sus causas. Hay diversos métodos para evitar el dolor de pagar enumerados en la obra citada, como establecer un lapso de tiempo entre el pago y el consumo del producto o servicio; y también desviar la atención al hecho del pago¹⁵⁸. Esto último ocurre con los medios de pago como las tarjetas de crédito, el débito automático, las transferencias electrónicas, y mediante plataformas digitales. De este modo los consumidores somos mas vulnerables, y los menores aún más, porque las formas de contratación y pago no son presenciales por lo cual la protección en contra del endeudamiento y del gasto excesivo deberá ser eficaz.

Una nueva época respecto del consumo de bienes y servicios surge a mediados del siglo veinte con la aparición de la tarjeta de crédito. Mediante este invento se podrán realizar operaciones comerciales sin la necesidad de contar con el dinero necesario en el momento de la contratación. Esto posibilita aumentar significativamente el caudal de las transacciones, y al mismo tiempo coloca al consumidor en un estado de vulnerabilidad patrimonial, con lo cual, lo que constituye una comodidad para el consumidor es al mismo tiempo un arma de doble filo que lo coloca en una situación en la cual sin el control adecuado de sus operaciones, puede llevarlo a una crisis patrimonial de enormes consecuencias.

Cuando se efectúan pagos con tarjeta de crédito, se está difiriendo el pago para un futuro. Se realiza una compra sin pagar dinero, y en el momento del pago en nuestra mente, la operación formó parte del pasado. De algún modo hay una pérdida de la conciencia del propio estado patrimonial. Es mas difícil valorar cuáles son los gastos que pueden realizarse teniendo en cuenta el nivel de ingresos. Así, al tener una tarjeta de crédito existe una sensación de que se puede gastar más dinero del que se cuenta por el efecto de la contabilidad mental¹⁵⁹.

Como sostienen Ariely y Kreisler, las tarjetas de crédito son una solución para el mencionado dolor de pagar¹⁶⁰. En la sociedad actual, su utilización como medio de pago facilita las operaciones, y en la situación actual de pandemia, se convierte en un medio indispensable para el consumo, que probablemente será uno de los cambios que llegaron para instalarse en nuestra vida cotidiana. Sin embargo, al mismo tiempo permite que se puedan cometer errores como no pensar en el valor de las distintas opciones, y perder la noción de los gastos.

¹⁵⁸ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 105

¹⁵⁹ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 70

¹⁶⁰ ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *op cit* p 297

La idea surge en el año 1949, cuando Frank McNamara se encontraba cenando en un restaurant en Nueva York junto a dos socios, y al disponerse a pagar descubre que se había olvidado llevar dinero, y tuvo que solicitar a su esposa que se lo alcance al lugar¹⁶¹. Si bien existían previamente tarjetas de crédito para algunos comercios, ésta nueva posibilitaba el pago en varios establecimientos con la misma tarjeta. La primera tarjeta de crédito como la conocemos en la actualidad, se denominó *Diner's Club*. Aparece así un intermediario entre el comprador y el establecimiento. Al primero le cobraba la suma de tres dólares anuales por una comisión de mantenimiento, a cambio de diferir el pago hasta fin de mes, y al vendedor, una comisión por cada transacción.

Esta innovación que significó tarjeta de crédito para efectuar gastos corrientes de la vida cotidiana, fue incrementando el consumo y dejando atrás la modalidad de pago con dinero físico. Así nace un servicio financiero complejo, cuya contratación es cada vez mas una necesidad. Es casi imposible pensar, al momento de contratar estos servicios, en todos los aspectos del contrato. Al adquirir el servicio, solamente se lo hace teniendo en cuenta los beneficios que aporta. Por ello, tanto las regulaciones legales, como los principios de defensa del consumidor son tan importantes para la protección del cliente.

En la actualidad, la capacidad de ejercicio para los actos patrimoniales usuales funciona a través de tarjetas de débito, crédito, o por medios electrónicos, para lo cual es necesario contar con estos servicios financieros. Afirman Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein en su obra *Un pequeño empujón (nudge)*, que es casi imposible funcionar en la sociedad sin tener tarjeta de crédito¹⁶². Agrega que sería difícil reservar una habitación en un hotel, o alquilar un automóvil sin ella. La falta de libertad en los tiempos actuales, no surge solamente de las prohibiciones, sino de la necesidad de contar con ciertos instrumentos, como las tarjetas de crédito, para acceder al consumo de ciertos bienes y servicios, para lo cual objetivamente no se puede dejar de contratar la adquisición de las mismas en las condiciones establecidas por las entidades emisoras, que, por su complejidad, es difícil prever todos sus efectos. Entonces, tratándose de una necesidad, no solamente hay ausencia de libertad contractual dado que se son contratos de adhesión, sino que también se encuentra afectada la libertad de poder contratar el servicio. La modalidad de pago con tarjeta de crédito ofrece importantes descuentos en consumos y conseguir mas kilómetros en los programas de viajero frecuente para premiar la lealtad de los clientes. Estas prácticas destinadas a estimular el consumo, son bien recibidas por los consumidores, tomando como ancla el precio

¹⁶¹ Fuente: <https://www.ennaranja.com/economia-facil/origen-e-historia-de-las-tarjetas-de-credito/#:~:text=El%20origen%20de%20las%20tarjetas,%C3%ADnea%20de%20cr%C3%A9dito%20sin%20ca rgos> , acceso el 28/1/2021 a las 18:30 hs

¹⁶² THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón*, Random Penguin Grupo Editorial, Taurus, 1ª. edición, 2018 p 164

sin el descuento, con su sesgo optimista al que se refería Kahneman¹⁶³, considerando al descuento como una ganancia. El problema de las tarjetas de crédito, señalan Thaler y Sunstein, es que inhiben el autocontrol no solamente respecto del aumento de los gastos, sino que, citando un estudio realizado por Drazen Prelec y Duncan Simister (2001) la gente acepta pagar hasta el doble para conseguir entradas para un evento deportivo en el caso de que el pago se efectúe con tarjeta de crédito en vez de efectivo¹⁶⁴. Las tarjetas de crédito han incrementado el consumo en forma considerable. Los autores muestran resultados de la Oficina de Censo estadounidense. Se informa que en 2004 había más de 1400 millones de tarjetas de crédito, de 164 titulares. El promedio es 8,5 tarjetas de crédito por titular¹⁶⁵. Actualmente 115 millones de estadounidenses tienen deuda de mes a mes con su tarjeta de crédito¹⁶⁶. En 1989, la deuda de una familia media con las empresas emisoras de tarjetas de crédito en los EEUU era de 2.697 dólares, mientras que en el año 2007 esa deuda ascendía a 8000 dólares. El interés se ubica alrededor del 18 por ciento anual.

En nuestro país, según la última información disponible del Banco Central de la República Argentina (BCRA), del mes de diciembre de 2020, existen 23.224.190 titulares por tarjeta de crédito, y 41.707.821 cantidad de tarjetas de crédito (plásticos) en el sistema financiero. Hay 1,79 tarjetas de crédito por titular¹⁶⁷.

Las tarjetas de débito, según la información citada del BCRA, son 56.720.910. Como expresan Thaler y Sunstein, las tarjetas de débito son similares a las de crédito, y están vinculadas a una cuenta corriente¹⁶⁸. Agregan, que son las comisiones a lo que hay que prestar atención al contratarlas. Aquí en nuestro país se utilizan también para el pago de remuneraciones mediante acreditación bancaria. Las tarjetas de débito son la solución al problema del autocontrol porque solamente se gasta lo que hay en la cuenta bancaria, y facilitan las operaciones de forma similar a las tarjetas de crédito.

En Argentina, para poder operar por sí en el sistema financiero es imprescindible justificar ingresos económicos mensuales. Los menores de edad poseen ingresos regulares, o porque trabajan en relación de dependencia, o bien desarrollan una actividad económica en forma independiente en los casos autorizados. En estos casos, como vimos, el menor puede administrar y disponer libremente del producto de su trabajo, motivo por el cual tiene capacidad para disponer del dinero

¹⁶³ KAHNEMAN, Daniel, *op cit* p 334

¹⁶⁴ THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *op cit* p 166

¹⁶⁵ THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *op cit* p 165

¹⁶⁶ *Ibidem*

¹⁶⁷ Información pública actualizada a febrero de 2021, consultada en http://www.bcra.gob.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Entidades_financieras_informacion_estructura.asp?bco=AAA00&tipo=1&Tit=1 acceso el 22/8/2021 a las 12:30 hs.

¹⁶⁸ THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *op cit* p 164

proveniente de su actividad, pero también puede general deudas, con intereses, que comprometan sus ingresos futuros.

La capacidad de ejercicio de los menores de edad para los actos patrimoniales aceptada por la doctrina (Borda, Llambías), estaba circunscripta en la práctica, a operaciones al contado y de menor cuantía, y contemplada en el Proyecto de 1998, como mencionamos.

Las entidades bancarias ofrecen extensiones de tarjetas de crédito a los adolescentes, a partir de los catorce años. Al mismo tiempo el titular de la tarjeta puede elegir el límite de la tarjeta adicional, y así poder ejercer un control sobre los gastos¹⁶⁹. En cambio, para los préstamos personales, es necesario acreditar ingresos mensuales, para lo cual la exigencia es la mayoría de edad¹⁷⁰. La incapacidad de hecho absoluta, como la previó Vélez en el siglo XIX es impensable en la cultura actual del siglo XXI.

El Banco Central en el año 2017 otorgó la posibilidad para que los menores de dieciocho años de edad puedan ser autorizados a tener una tarjeta de débito. De esta manera el menor puede realizar con la tarjeta extracciones en efectivo a través de cajeros automáticos, compras en comercios, y transferencias y pagos a través de medios electrónicos¹⁷¹. El titular de la cuenta, y responsable ante la entidad financiera por todas las obligaciones que se deriven del contrato durante el funcionamiento de la cuenta, deberá ser una persona humana hábil para contratar o para disponer libremente del producido de su trabajo lícito¹⁷². Estas medidas, con los controles previstos demuestran un convencimiento de la inmadurez de los adolescentes para operar con tarjetas, pero al mismo tiempo una voluntad de acompañar su madurez para la gestión patrimonial.

En el año 2019, el Banco Central habilitó la facultad para los menores adolescentes de abrir por sí una caja de ahorros, sin la intervención de sus representantes legales. Aquí, es el menor adolescente el titular de la cuenta¹⁷³. En la misma comunicación establece que, aunque no se requiera la intervención de los representantes legales, la apertura de la cuenta se efectuará en tanto no se cuente con indicaciones en sentido contrario¹⁷⁴. Asimismo, que el titular de la cuenta será siempre el menor adolescente, que los cotitulares podrán ser cualesquiera de los representantes legales, y que no se admitirán autorizados. En la actualidad los contratos de consumo se realizan a través de tarjetas de débito o crédito. Desde la aparición de la pandemia mundial de covid-19 ni siquiera es necesario la firma del cupón de compra. Se observa un incremento de las compras

¹⁶⁹ Tarjetas de crédito adicionales: Fuente: www.bbva.com.ar

¹⁷⁰ Fuente: www.bbva.com.ar

¹⁷¹ Fuente: BCRA COMUNICACIÓN "A" 6289 de fecha 28/07/2017

¹⁷² *Ibidem*

¹⁷³ Fuente: BCRA COMUNICACIÓN "A" 6700 de fecha 16/5/2019

¹⁷⁴ *Ibidem* BCRA COMUNICACIÓN "A" 6700, punto 3.10.1

on line, realizadas en forma remota, entre ausentes. La costumbre, surgida de la cultura, les da un rol mas activo a los adolescentes, implica atribuir en ciertos aspectos responsabilidades propias de los adultos, en una imprescindible educación financiera para el mundo que les tocará vivir. Por otra parte, para los proveedores de bienes y servicios, los adolescentes constituyen un mercado apetecible para su expansión y desarrollo. El control es importante para evitar que con los consumos con tarjetas de crédito puedan generar deuda impagable, y deba ser refinanciada con altas tasas de interés. Este no es un problema propio de los adolescentes, sino también de los adultos. Una generación excesiva de deuda para cubrir una crisis financiera deja expuesta a la persona una pérdida patrimonial importante.

Las dificultades para administrar, así como la falta de habilidad para adaptarse frente a los avatares financieros y económicos.

e. la protección de las normas sobre derechos del consumidor

La Constitución Nacional, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor vigente en nuestro país integrada con la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial; y el Código Civil y Comercial son los principales instrumentos normativos de defensa del consumidor. En lo atinente a los menores de edad respecto de los actos de consumo rigen las normas generales sobre capacidad de ejercicio de nuestro CCCN, de acuerdo a la CDN, y específicamente el artículo 684 en el ámbito de la responsabilidad parental. El mencionado artículo sobre la capacidad para contratar en actos que podemos definir como de consumo, como nos referimos, prevé la asistencia tácita de los progenitores para los actos que no impliquen una erogación ni un compromiso patrimonial importante. Entendemos que solamente los progenitores podrían impedir la realización de dichos actos, y revocar los mismos ejerciendo el derecho previsto en el artículo 1110 del CCCN. La nulidad, como sanción legal que priva a un acto de sus efectos propios o normales en virtud de una causa existente en el momento de su celebración, en estos supuestos sería relativa a los intereses del menor. En este caso, en el cual la asistencia se presume cobra suma importancia el principio general de la buena fe. Tratándose de un acto a título oneroso, habiendo buena fe del proveedor, presumiéndose la conformidad de los progenitores, entendemos que se puede aplicar el principio establecido en los arts. 45 y 46 del CCCN de manera analógica. En consecuencia, no pueden impugnarse dichos actos por vía de la nulidad relativa por incapacidad.

La protección, necesariamente debe ser global y preventiva. Las normas de la LDC en lo relativo a la información (art. 4), al deber de seguridad (arts. 5 y 6), particularidades en la formación del consentimiento (arts. 7 y 8), debe tenerse en cuenta especialmente cuando hay un bien o servicio de consumo típico de

adolescentes, adecuar las modalidades de comunicación a las características de este grupo social.

El artículo 34 de la LDC contempla la posibilidad de la revocación del contrato por parte del consumidor, en el caso de que la venta o propuesta de un bien o servicio se realice fuera del establecimiento del proveedor. Es un derecho irrenunciable, que debe ser informado por el proveedor. El plazo original era de cinco días corridos, y fue extendido a diez por la ley 26.361. El mismo comienza a computarse desde la fecha de entrega del bien o la de celebración del contrato, lo último que ocurra. El decreto de reglamentación de la ley N°1798/94 indica que el consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor sin haberlo usado y en el mismo estado en que lo recibió.

El CCCN también contiene una norma de este tipo en su art. 1110 y concordantes. La regulación es más específica en lo referente a los riesgos de la revocación, estableciendo que es el proveedor quien asume los riesgos de que tenga lugar la imposibilidad de restituir la prestación que es objeto del contrato, salvo que esta situación sea imputable al consumidor (art. 1114). También en el art. 1116 establece excepciones al derecho de revocar.

Una vez que el consumidor esté en posesión del bien, sentirá aversión a la pérdida en el caso de resolver el contrato. Sin embargo, para el caso de los adolescentes, los progenitores pueden hacer uso de dicha facultad, ejerciendo la asistencia para los actos contemplados en el art. 684 CCCN.

El artículo 60 de la LDC impone a los Estados Nacional, Provinciales y municipales formulación de planes generales de educación para el consumo, y fomentar el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios. Estas entidades se encuentran legitimadas por el art. 43 de la CN para interponer acción de amparo en defensa de derechos que protegen al consumidor. Este artículo se encuentra sin reglamentar.

Las disposiciones del art. 61 de la LDC tratan sobre los peligros para el consumidor en su salud, seguridad y protección ambiental, y también se encuentra sin reglamentar.

Las tarjetas de crédito son utilizadas en la actualidad como medio de pago de contratos de consumo, al igual que las tarjetas de débito en un sistema que dificulta cada vez más los pagos en efectivo. Hemos desarrollado el peligro que representan porque distorsionan la percepción del propio poder adquisitivo de las personas. Cuando los gastos aumentan, de un medio de pago, que en realidad difiere el mismo, se convierte en un instrumento de financiación, dado que según la ley de Tarjetas de Crédito n° 25.065, vigente en nuestro país, el consumidor puede abonar el pago mínimo del resumen mensual y diferir para el próximo mes el saldo impago, el cual tendrá no solamente un interés compensatorio o financiero, sino gastos que conformarán el CFT (costo financiero total). Cuando no

se abone el pago mínimo la entidad bancaria cobrará intereses punitivos. Cuando las prestaciones recíprocas no son simultáneas porque se difiere el pago, el sobreendeudamiento provoca el incumplimiento del pago.

La entidad bancaria como parte acreedora, ante la falta de pago, tiene a su disposición los mecanismos legales tendientes al cobro. La ley mencionada permite preparar la vía ejecutiva como mecanismo procesal. En el caso de cesación de pagos se puede pedir la quiebra.

Por su parte, el consumidor tiene a su disposición la posibilidad de invocar la nulidad por vicios de la voluntad.

El vicio de error (arts. 265 a 270 del CCCN) como está planteado puede ser una herramienta para la defensa de los derechos del consumidor. El Código Civil y Comercial dejó atrás el requerimiento de la falta de culpa en el error, y que haya habido razón para errar (art. 929 C. Civil derogado). Actualmente fue reemplazado por el carácter de reconocible que deberá tener el error (art. 266 CCCN). Es un criterio objetivo por el cual, ante un error en la declaración del consumidor, si el proveedor como destinatario de la declaración puede percatarse del error según la naturaleza del acto, y las circunstancias de persona tiempo y lugar, entonces el consumidor puede pedir la nulidad del acto.

En el supuesto de dolo (arts. 271 a 275 del CCCN), este vicio tradicional, definido en el art. 271 del CCCN, reitera de manera casi idéntica lo dispuesto por los arts. 931 y 933 del Código de Vélez. Mantiene el requisito de la gravedad del engaño, sea este por acción positiva o por omisión. Esta exigencia es innecesaria actualmente dado que está cubierta por la necesidad de que sea la causa determinante de la acción. La gravedad del dolo se vincula con la clasificación de dolo bueno y dolo malo que ha perdido vigencia a la luz de las disposiciones sobre el derecho del consumidor como se ha señalado¹⁷⁵. El dolo bueno era un engaño socialmente aceptado para competir con otros proveedores¹⁷⁶. Sin embargo, más allá de las buenas intenciones que pueden estar presentes en el dolo bueno, la información disponible sobre los consumidores y los avances en neurociencia le proveen un poder considerable sobre la voluntad de las personas. Las disposiciones sobre el dolo deben interpretarse conjuntamente con las de defensa del consumidor, como los artículos 1100 referido a la información y el 1101 del CCCN sobre publicidad.

En lo que se refiere al vicio de violencia, el artículo 8 bis de la LDC al mencionar el derecho al trato digno y definir como abusivas entre otras las prácticas intimidatorias, en especial en el último párrafo veda los medios que otorgue a los

¹⁷⁵ Comentario del Dr. Ramiro Prieto Molinero en RIVERA, julio César y MEDINA, Graciela. Directores, *Código Civil y Comercial de la Nación COMENTADO*, Tomo I, THOMPSON REUTERS LA LEY, Prov. Bs.As., 2014. P 626

¹⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, *CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2014 Tomo II, p. 68

reclamos la apariencia de relamo judicial. A estas conductas el artículo en cuestión les atribuye expresamente la posibilidad de ser pasibles de la multa establecida por el artículo 52 bis de la ley, sin perjuicio de otros resarcimientos. El artículo 1097 del CCCN va más allá, y dichas situaciones tienen que ver con la dignidad del ser humano que debe ser respetada conforme los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.

El marco está establecido para todas estas disposiciones es el principio de la buena fe, que surge de los artículos 961 y 9 del CCCN. Puede demandarse la nulidad parcial en los términos del artículo 389 CCCN última parte, y el juez tiene las facultades para integrar el acto de acuerdo a su naturaleza. En este sentido, el Juez deberá tener en cuenta los intereses que razonablemente puedan ser perseguidos por las partes. En los *fundamentos* se afirma que “*El sistema propuesto permite atender no sólo a la intención práctica, sino a las circunstancias del caso, a la naturaleza del negocio y, sobre todo, a la regla de la buena fe*”. El Juez deberá tener en cuenta la causa subjetiva, el fin típico del contrato de consumo de que se trate. En estos casos, el Juez deberá tener en cuenta la publicidad desplegada por el proveedor y los principios contenidos en las normas sobre derecho del consumo.

El adolescente está legitimado para ejercer estas acciones de manera autónoma, con asistencia letrada, porque hay una presunción de que cuenta con discernimiento para ello (art. 677 CCCN). El juez si advierte que debe caer la presunción puede tomar medidas, convocando a la presentación de los progenitores y, o dar intervención al Ministerio Público.

La educación y formación como consumidores tiene que contemplar los peligros en el manejo del dinero, y en especial, del endeudamiento mediante tarjetas de crédito. La prevención y la educación de los menores de edad en cuestiones referidas a los riesgos de un gasto excesivo del dinero en consumo, hará a la economía más real.

La ausencia de estrategias de prevención de sobreendeudamiento, que permitan una economía real, en la cual se gaste el dinero que se tiene, y que el endeudamiento esté controlado. Es importante la educación para los menores en el autocontrol de los gastos.

En la LDC en su artículo 36 se ocupa de las operaciones de venta de crédito. A fin de dar respuesta a la problemática del endeudamiento y con el propósito de que el consumidor tome conocimiento del costo que significará adquirir el bien o servicio a crédito, en lugar que hacerlo sin financiación. En los apartados anteriores nos hemos referido a la toma de decisiones, al llamado coste de oportunidad. LA posibilidad del crédito disponible significa tener el poder de adquirir un bien o servicio sin contar actualmente con el dinero para pagarlo. Las posibilidades que se presentan son ahorrar y esperar que se generen los ingresos suficientes para la operación, lo que ocurrirá en el futuro. Entre las opciones debemos evaluar cuánto

vale para nosotros el tiempo que va hasta tener la posibilidad de adquirir el bien. Teniendo en cuenta nuestro proyecto existencial ese tiempo puede tener el valor de lo que se pagará por el tomando el crédito ofrecido, o bien significar una tentación que no se vence. La tentación es la pérdida del autocontrol, toda vez que se toma una decisión de modo irreflexivo en un estado mental de excitación en busca de una retribución, que podemos clasificar dentro del sistema 1 citado por Kahneman. Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein en la obra mencionada *Un pequeño empujón (nudge)* desarrollan el tema en un capítulo que denominan *Resistir la tentación*¹⁷⁷. El derecho interviene en la libertad de las personas para que eviten dañar a terceros, pero pueden intervenir para evitar que sus acciones puedan producir un perjuicio al propio sujeto. En este último supuesto podemos hablar de paternalismo. El modo clásico de intervención es a través de prohibiciones directas. Los autores Thaler y Sunstein en la obra aludida, afirman que las decisiones se articulan de modo en que se enuncian las cuestiones, lo llaman enmarcado o *framing*¹⁷⁸. Nos referimos previamente cuando marco cuando desarrollamos cuestiones atinentes al elemento libertad del acto voluntario en el punto III b.2. La intervención de la regulación no debe tener lugar con prohibiciones, sino estableciendo marcos adecuados para la toma de decisiones, como el ejemplo que citamos en el punto mencionado. Cabe preguntarse si las conclusiones de las pruebas PISA en matemáticas indican aptitudes para que los adolescentes y futuros adultos para interpretar y aplicar las diferentes variables previstas en el art. 36 de la LDC para poder adoptar una decisión respecto de su endeudamiento. Las dificultades para realizar las operaciones matemáticas, calcular cuotas, intereses, etc, provocan que se dejen llevar por un optimismo, sin tener en cuenta el desproporcionado monto que se abonará en la creencia de que se están pagando cuotas muy bajas¹⁷⁹.

f. la protección del vicio de lesión

La institución del vicio de lesión no fue regulada en forma expresa en el Código Civil de Vélez Sársfield. En la extensa nota al artículo 943 el codificador explica las razones, menciona a la lesión enorme o enormísima de la ley romana, su evolución histórica, y sistemas de derecho comparado. En el análisis de las legislaciones subraya las diferencias entre las mismas, concluyendo que: *“Finalmente, dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”*.

¹⁷⁷ THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *op cit* p 57

¹⁷⁸ THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *op cit* p 54

¹⁷⁹ SHINA, Fernando E., *Neurociencias & Derecho del consumidor. El crédito, el sobreendeudamiento y el consumo. Segunda Parte*. 30 de abril de 2021 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF210082, acceso 16/8/2021 a las 18 hs.

El Dr. Luis Moisset de Espanés en su obra *La lesión en los actos jurídicos* propuso la incorporación de la figura en una norma legal, mediante la cual se podría demandar la rescisión o la modificación de todo acto jurídico bilateral oneroso, “*por el cual alguien, aprovechando la necesidad, inexperiencia o ligereza notorias de otro, se hiciera prometer u otorgar para sí o un tercero, ventajas patrimoniales en evidente desproporción a su prestación*”¹⁸⁰. El autor proponía una figura amplia que incluya a los contratos aleatorios, tomando en cuenta muy especialmente el elemento subjetivo, que el lesionante “aprovecha” o “explota” a la otra parte en su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia. También sostiene que debe existir objetivamente una desproporción evidente de las prestaciones de una y otra parte. Sostiene que no se trata de un vicio de la voluntad, y no debe confundirse con otras instituciones como el abuso del derecho, la imprevisión, el estado de necesidad o el enriquecimiento sin causa. Afirma que es una figura autónoma, y que, en cuanto a su naturaleza jurídica, constituye un verdadero acto ilícito, porque es antijurídico, provoca un daño, y es imputable al autor en razón de su aprovechamiento, atenta contra la buena fe, por lo que lo clasifica entre los vicios propios de los actos jurídicos¹⁸¹.

Con la sanción de la ley 17.711 se incorporó la figura en el artículo 954 del Código Civil, que establecía posibilidad de demandar la nulidad o la modificación cuando exista una explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte, y se obtuviese una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. El artículo preveía que, si la desproporción era notable, se presumía la explotación.

El CCCN lo incluye en su Capítulo 6 *vicios de los actos jurídicos*, en su artículo 332. La redacción es similar a la del artículo 954 del derogado Código Civil, pero reemplaza el término “ligereza” por el de “debilidad psíquica”. Al primero de ellos se refería el Dr. Moisset de Espanés, al entender que se utilizaba el término para designar el estado de debilidad mental que padecían los pródigos u otros sujetos que se encontraban en estados fronterizos o intermedios¹⁸². El concepto de debilidad psíquica puede interpretarse con los criterios actuales de otro modo, como “*una puerta que nuestro sistema legal le abre a las neurociencias*” como afirma el Dr. Fernando Shina¹⁸³.

El concepto de debilidad psíquica debe aplicarse en concreto respecto de los actos de los que se trate si se verifica una evidente desproporción de las prestaciones. En los supuestos de actos de consumo, en que una persona no

¹⁸⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión en los actos jurídicos*, Victor P. De Zavalía Editor, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección general de publicaciones, Córdoba, Argentina, 1979, p 254

¹⁸¹ *Ibidem*

¹⁸² MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op cit* p 205

¹⁸³ SHINA Fernando, *Las neurociencias en el Código Civil y Comercial. La explotación del sesgo cognitivo y el vicio de lesión. Una interpretación diferente del artículo 332 del Código Civil y Comercial*
6 de octubre de 2020 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200210, acceso 17/8/2021 a las 10: 40 hs.

tenga la aptitud para comprender la complejidad del acto que va a realizar, sino solamente los efectos que se enuncian en la publicidad, y se ve sorprendida en su buena fe con consecuencias no previstas, puede plantearse la invocación del vicio de lesión, por afectar la buena fe como principio general superior. La debilidad psíquica significa una falta de desarrollo mental, que teniendo en cuenta una interpretación amplia del término, puede comprenderse en la falta de aptitud para las operaciones complejas. Aunque no es la expresión apropiada para la situación de los adolescentes ante actos de consumo, en los casos de operaciones a crédito en las cuales hubiese una desproporción evidente en las prestaciones puede aplicarse analógicamente, y en una futura reforma incluir un término más amplio que el de debilidad psíquica.

La dificultad para aplicar el vicio de lesión en los contratos de consumo es la posibilidad de poder determinar el elemento objetivo. En el derogado Código Civil, como en el actual artículo 332 del Código Civil y Comercial, la desproporción necesaria se deja librada a la apreciación judicial. Esta podrá ser evidente o notable, situación que será definida por el Juez en el caso concreto. En el primer caso, el lesionado deberá demostrar la existencia de la explotación, mientras que, si el desequilibrio es notable, esta se presume. En los términos en que está planteada la institución, el lesionado puede demandar la nulidad o un reajuste, y los cálculos deben hacerse al momento del acto, y la desproporción subsistir al momento de la demanda. Indudablemente la desproporción en los contratos de consumo concierne al precio pagado por el bien o servicio. En principio podemos decir que resultaría ajeno a la apreciación judicial si el precio es evidentemente o notablemente desproporcionado y sin justificación. Esa circunstancia pertenece a la economía de mercado, y es difícil que un juez tenga los elementos necesarios para valorar el precio, que constituye un ancla establecida por el proveedor, y sobre la cual el consumidor tendrá una referencia. En el caso de que exista posición dominante en el mercado, si hubiera abuso de tal situación está la solución en el artículo 11 del CCCN.

Los adolescentes se encuentran legitimados para accionar de manera autónoma, con asistencia letrada de acuerdo a la presunción establecida en el art. 677 CCCN, o sus progenitores, para demandar la nulidad o reajuste por lesión, si se explota la vulnerabilidad de los adolescentes, teniendo en consideración el concepto de debilidad psíquica en forma amplia. Lo más difícil, como señalamos, será demostrar el elemento objetivo. Entendemos que esta situación podría producirse en el caso de contratos bancarios, toda vez que haya comisiones excesivas y cargos injustificados que impliquen efectos patrimoniales muy negativos para el adolescente explotando sesgos cognitivos, y una ventaja injustificada para el proveedor de los servicios.

VI CONCLUSIONES

A partir de los textos romanos, se elaboraron abstracciones. Abelardo Levaggi destaca que la capacidad jurídica como concepto abstracto surge en el siglo XIX, que con anterioridad la referencia a ella era solamente a situaciones concretas, y que las circunstancias influyentes de la capacidad eran la libertad, la ciudadanía, la condición social, la religión, el sexo, la edad¹⁸⁴. Con posterioridad, teniendo en consideración los principios de libertad, igualdad ante la ley, y de dignidad, reconocidos a todos los seres humanos, la capacidad jurídica se concibió desde el punto de vista de su naturaleza jurídica como un atributo inherente de la personalidad¹⁸⁵. La doctrina tradicional utiliza la terminología *capacidad de derecho*, o de “goce” para referirse a la aptitud legal para ser titular de relaciones jurídicas. No puede estar ausente porque sería contradictoria con el concepto mismo de personalidad en el derecho moderno. Por otra parte, la *capacidad de hecho*, o como la denomina el CCCN *capacidad de ejercicio*, o de “obrar” es la aptitud legal para ejercer por sí los derechos. Esta es reconocida por la ley, con fundamento en la madurez, y la ausencia de patologías que impidan el carácter voluntario del acto. El concepto de capacidad jurídica, en los términos actuales, según surge de los instrumentos internacionales, hace referencia tanto a la capacidad de goce, y a la capacidad de obrar¹⁸⁶.

Nos ocupamos de la capacidad de ejercicio de los menores de edad para los actos patrimoniales. Como señalamos, Vélez Sársfield en nuestro Código Civil clasificó a los menores en *impúberes*, hasta los 14 años (art. 54 inc. 2º) y *adultos*, desde los 14 años cumplidos hasta los 22 (art. 55). La ley 17.711 estableció la mayoría de edad en los 21 años. La clasificación, como mencionamos, constituye un resabio del derecho romano, según el cual se vinculaba a la pubertad con la con la madurez necesaria para ejercer por sí los derechos. En el caso de los menores adultos, a partir de la edad de 14 años cumplidos según rezaba el artículo 55 del Código Civil en su redacción original “*Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos*”, sin embargo, la ley 17.711, lo sustituyó por la fórmula “*Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar*”. En consecuencia, todos los menores que no estuviesen emancipados eran incapaces de hecho, y estaban sujetos a la Patria Potestad.

Las capacidades parciales en materia patrimonial, que se les reconocían antes de llegar a la mayoría de edad, surgían del art. 128 modificado por la ley 17.711, por

¹⁸⁴ LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo II, Lexis Nexis, Tercera Edición, Buenos Aires 2005, p 85

¹⁸⁵ LLAMBÍAS, *op cit* Tomo I p 391

¹⁸⁶ PALACIOS, Agustina (su intervención), *CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*, 24 de octubre de 2008, Geneva, en http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/416/Pon_PalaciosRizzoA_CapacidadJur%C3%ADicaConvenci%C3%B3n_2008.pdf?sequence=1, acceso 23/8/2021 a las 23:30 hs.

el cual, a los 18 años, sin autorización, podían trabajar y ejercer su profesión si hubiesen obtenido un título habilitante. Concluye el artículo que podían administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ellos. La norma presume la madurez suficiente respecto de los bienes que se adquieren producto del trabajo. Esta supone que existe un dolor de pagar, al que nos referimos, toda vez que en toda operación el menor tendrá en cuenta el trabajo que fue necesario para poder adquirir el bien, y desde ese punto de vista, se considera que actúa con discernimiento, concepto muy difícil de precisar, y por ello la ley se ocupó de la falta de discernimiento y no de su presencia. La niñez, para la ley, supone carencia del discernimiento necesario para configurar un acto voluntario. Esta presunción, en el Código derogado, era absoluta. Así planteada, la doctrina entendió que la presunción establecida en el artículo 921 del Código Civil (hoy art. 261 del CCCN) se trataba de una ficción jurídica, y reconoció aún a los incapaces absolutos, la capacidad para celebrar *pequeños contratos*.

La reforma de nuestra Constitución Nacional, en el año 1994 incorporó, con jerarquía constitucional a varios tratados, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Al constitucionalizar el tratado, se eleva la cuestión de la capacidad de ejercicio a una cuestión de Derechos Humanos. Hubo un cambio de paradigma que significó también un cambio en la terminología, del menor como *objeto de protección*, al niño, niña o adolescente (NNyA) como *sujeto de derechos*. La protección de la CDN tiene lugar hasta los 18 años. El cambio significó el reconocimiento a los NNyA a ejercer por sí sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades (art. 5 CDN), a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, si está en condiciones de formarse un juicio, y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12 CDN).

Se hizo necesaria una modificación de las normas de derecho interno. En 2005 se dictó la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las NNyA. Se reiteró el principio de Interés superior de la niña, niño o adolescente (art.3), y en su art. 27 se enumeraron las garantías mínimas de procedimiento que el Estado debe garantizar: “a) *A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;*

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

La ley citada introduce el derecho de los NNYA a la asistencia letrada de un *abogado del niño* que defienda sus preferencias cada vez que lo solicite. Esta figura, que otorga capacidad procesal, surge con el nuevo enfoque, a diferencia de la representación del Ministerio Público que actúa en nombre del menor, defendiendo sus intereses.

En el año 2009 mediante el dictado de la ley 26.579 se modificó el art. 126 del entonces vigente Código Civil, estableciéndose la mayoría de edad a los 18 años en concordancia con la CDN.

Este cambio profundo introducido por la CDN no era compatible con las normas del Código Civil sobre capacidad, siendo necesaria una reforma. Con el propósito de sancionar un nuevo Código Civil y Comercial hubo oportunidad de elaborar un sistema más flexible de capacidad progresiva de los menores, de adecuar la terminología a las palabras de la CDN, y de eliminar la clasificación dual entre menores impúberes y adultos. El CCCN mantuvo el término *menores*, y reemplazó la categoría de menores adultos por la de *adolescentes*. En el artículo 26 primera parte se establece: “*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales*”. Con el fin de cumplir con el principio de autonomía progresiva que surge de la CDN, en su segundo párrafo aclara: “*No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico*”, y establece algunas presunciones respecto de actos médicos y de cuidado del propio cuerpo. Las capacidades parciales de ejercicio se reconocerán en razón de la madurez adquirida para el acto, pero deberán estar permitidos por el ordenamiento jurídico, de modo tal que el juicio sobre el discernimiento lo realiza la ley en abstracto.

El artículo 684 del CCCN da respuesta al reconocimiento por parte de la doctrina a la capacidad de los menores para la realización de *pequeños contratos*. Sin embargo, aún cuando se trata de actos de escasa trascendencia económica, el régimen es el de asistencia de los progenitores, respecto de dichos actos. Como señalamos, este artículo debe compararse con el artículo 26 del CCCN, el cual establece la capacidad sin necesidad de asistencia de los progenitores a partir de los trece años para decidir respecto de tratamientos no invasivos, ni comprometen el estado de salud, o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; y a los dieciséis años para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El principio de igualdad supone que todas las personas que se encuentren en la misma situación poseen iguales derechos. La autonomía progresiva se basa en el discernimiento efectivo, y no es distintos supuestos en los cuales se supone su ausencia. Así, para establecer un sistema más flexible es necesario indagar sobre el sistema de toma de decisiones, conocer cómo se forman los juicios. Para ello, analizamos la obra *Pensar rápido, pensar despacio* de Daniel Kahneman, y su clasificación de los modos de pensar denominados sistema 1 y sistema 2 propuestos por Keith Stanovich y Richard West. El sistema 1 es un modo de

pensar intuitivo, automático y rápido, mientras que el sistema 2 es reflexivo, deliberado y lento. Como ya expresamos en el presente trabajo, ambos sistemas actúan de manera coordinada, cuando el sistema 1 advierte una dificultad, convoca al sistema 2, y este, deriva al sistema 1 toda actividad que no merezca esfuerzo. Otros autores consultados, como Dan Ariely en *Las trampas del deseo*, y el mismo autor conjuntamente con Jeff Kreisler en *Las trampas del dinero*, y Richard Thaler y Cass Sunstein en *Un pequeño empujón*, también han estudiado la forma de pensar, los procesos de toma de decisiones, los sesgos cognitivos y errores comunes. Estos elementos hacen predecible la conducta humana, que no necesariamente responde a juicios razonados en base al sistema 2, sino todo lo contrario. Las limitaciones de información, tiempo, energía y el agotamiento provocan atajos mentales. Se impone en la mayoría de los casos un sistema de pensamiento intuitivo, con sesgos que desarrollamos cuando tratamos los elementos de la voluntad. como el *efecto halo*, el *efecto ancla*, el comportamiento llamado *gregarismo*, el esfuerzo observado, el *priming*, la *ilusión de la focalización*, la *aversión al riesgo*, y la *disponibilidad*. De este modo, sobre la base de estos esquemas mentales se pretende establecer un mundo predecible y ordenado, realizando predicciones intuitivas. En materia de decisiones económicas, los adolescentes adquieren estos sesgos como hábitos, el llamado *autogregarismo* en las palabras de Dan Ariely. Aunque la experiencia puede ir mejorando el proceso de toma de decisiones, es importante el *autocontrol*, en especial respecto de los adolescentes, para resistir la tentación de renunciar a un objetivo a largo plazo a cambio de una gratificación inmediata.

Es importante mejorar la educación, teniendo en cuenta los resultados de las Pruebas PISA, respecto de los contenidos. Para que el cambio resulte eficaz es importante la motivación. Esta consiste en que el estudiante perciba que la escuela mejorará su futuro, lo capacitará para el mundo actual y le brindará las herramientas necesarias para su crecimiento personal. En especial, resulta trascendental desarrollar estrategias para mejorar el autocontrol, superar una confianza excesiva, un entusiasmo inicial en materia de decisiones de carácter patrimonial, y la aversión a las pérdidas. La consciencia de estos sesgos y hábitos de pensamiento permite anticiparse a los mismos, y a diseñar estrategias para el autocontrol. Resulta fundamental el manejo del presupuesto de gasto familiar y evitar el peligro del endeudamiento.

Los procesos de toma de decisiones se encuentran limitados a la información, al tiempo y a la energía disponible. La tarjeta de crédito facilita la toma de decisiones, estimula el consumo con descuentos, por los cuales las personas piensan que ahorran cuando están gastando mas de lo que necesitan. El precio es un ancla, y sobre el se realizan los descuentos. Pero el consumidor tendrá en cuenta el precio sin el descuento, y este lo motivará a comprar un producto que no hubiese adquirido. Al diferir el momento de la contratación respecto del pago, se suprime el llamado *dolor de pagar*, situación que puede derivar en la pérdida del

control de los gastos. La implementación de los artículos 60 y 61 de la LDC sobre *Planes educativos* y *Formación del consumidor* deben tener en cuenta los peligros del endeudamiento con tarjetas de crédito. Una medida eficaz puede ser establecer alertas de consumo, que indiquen paulatinamente la cantidad cuando el consumidor pase determinados niveles, se le indique la cantidad de dinero que deberá abonar por consumos. Entre los adolescentes, aunque desarrollen actividad económica o laboral y tengan la libre administración y disposición de los bienes producto de su trabajo, no están al margen de las limitaciones y sesgos del pensamiento en los procesos de toma de decisiones. Es conveniente la utilización de las tarjetas de débito, dado que no implican endeudamiento.

Las incapacidades de ejercicio para los actos patrimoniales establecidas en el CCCN tienen como fundamento la protección del patrimonio actual, pero conforme al artículo 5 de la CDN la función de los progenitores no se agota solamente en la representación legal, sino que también deben *“impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”*. En consecuencia, la autonomía progresiva impone una formación y educación en el manejo de lo patrimonial, y como consumidores. El CCCN continúa el mismo criterio que el Código Civil en la conceptualización del acto voluntario, el mismo es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior (art. 260 CCCN). A partir de la CDN, la capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes se basa en el discernimiento. Para que los actos sean considerados voluntarios, deben carecer de vicios de la intención (error, dolo), de la libertad (violencia). El discernimiento se presume, salvo que el agente esté privado de la razón en el momento de ejecutar el acto, y el caso del acto lícito de una persona menor de trece años.

El artículo 261 del CCCN al no considerar involuntario por falta de discernimiento a los actos lícitos realizados por una persona adolescente, que no está privada de la razón en el momento del acto, ni su voluntad posee vicios de la intención o la libertad, estos deberían ser válidos. Sin embargo, el artículo 26 del CCCN primera parte declara que, como regla general, los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Entonces, aunque el CCCN no lo diga, presume una falta de discernimiento menor en los adolescentes, siendo esta presunción *iuris tantum*, a diferencia de lo dispuesto para los niños y niñas.

Como ya expresamos, los adolescentes tienen capacidad procesal, pudiendo actuar con asistencia letrada (art. 677 CCCN). Es una presunción de discernimiento. En primer lugar, el abogado del adolescente le da voz a este en el proceso evitando que solamente se escuchen perspectivas adultas¹⁸⁷. Además, debe hacer un primer control sobre la madurez de su representado, y es el juez

¹⁸⁷ CHAVES LUNA, Laura Selene, *El abogado del niño – Teoría y práctica en la reciente legislación y en el nuevo Código Civil*, Tribunales Ediciones, Buenos Aires, 2015, p 88/89

quien, en definitiva, deberá decidir sobre la confirmación o no de la presunción. El Ministerio Público deberá ejercer el control de acuerdo a las funciones que el CCCN le impone (art. 101).

El artículo 684 del CCCN, como expusimos, reconoce la facultad de celebrar por sí “*contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana*”, presumiendo que lo hacen con la conformidad de sus progenitores. Puede considerarse que el tipo de contratos a los que se hace referencia son los contratos de consumo, y la mención al carácter cotidiano de los mismos significa que carecen de una importancia económica trascendental, que impliquen un riesgo patrimonial.

La sanción para el supuesto de no haber conformidad de los progenitores sería la nulidad relativa del acto, solicitada por el representante legal, y eventualmente por el mismo menor. Sin embargo, consideramos que, como existe una presunción de conformidad, habrá que demostrar la mala fe de quien contrate con el menor si es adolescente. En el caso de los menores de 13 años, solamente deberían admitirse actos de muy escasa importancia económica.

En la actualidad, en los contratos de consumo que se celebran fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el comprador tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación según reza el artículo 1110 del CCCN. En los artículos subsiguientes se regulan las cuestiones relativas al ejercicio de esta opción. En la LDC hay una norma similar en su art. 34. A esta facultad nos referimos, y se encuentra cada vez más difundida, es conocida como “botón de arrepentimiento”. La revocación puede realizarla cualquiera de los progenitores, o en su caso, el tutor, como representante legal. Esta herramienta, cada vez más difundida, es muy útil para solucionar el problema del autocontrol. También es una forma de control por parte de los representantes legales.

En definitiva, los niños, niñas y adolescentes deben tener la mayor autonomía posible para ejercer sus derechos también en el ámbito patrimonial, y la ley, a través de distintos mecanismos, establecer salvaguardias necesarias para evitar las consecuencias de una pérdida de conciencia del endeudamiento, a raíz del desdoblamiento entre la decisión sobre la realización de un contrato de consumo y el pago. La educación y la neurociencia deben tener un papel fundamental para desarrollar estrategias que permitan ayudar a los niños, niñas y adolescentes para la toma de decisiones y comprender sus consecuencias, acompañando a la evolución de sus facultades.

VII BIBLIOGRAFIA

-ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián E., *Representación, delegación de ejercicio y gestión de los bienes del niño, niña o adolescente*. El Derecho Familia 69/-3 [2016]

-ABELLA, Adriana N. y SABENE, Sebastián E., *Responsabilidad parental: titularidad y ejercicio*. El Derecho Familia 69/-13 [2016]

-ALTERINI Atilio Aníbal, *Contratos Civiles – Comerciales - De consumo Teoría General*, Abeledo-Perrot, 1ra. edición, 1ra. reimposición, Buenos Aires, 1999

-ARIELY, Dan, *Las trampas del deseo*, Editorial Ariel, 3ª edición, Barcelona 2011

-ARIELY, Dan y KREISLER, Jeff, *Las trampas del dinero*, Editorial Ariel, Barcelona 2018

-BELOFF, Mary Ana, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores Del Puerto, 1a. ed. 3a. reimp., CABA, 2009

-BORDA Guillermo A., *MANUAL DE DERECHO CIVIL Parte General*, Editorial Perrot, Decimoctava edición actualizada, Buenos Aires, 1986

-BORQUEZ Gladys, RAINERI Gina, Bravo Mireya, *La evolución de la “Capacidad de la persona” en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado* Rev. Méd. Chile Vol. 132. N°10 Santiago Oct. 2004. Print versión ISSN 0034-9887, consultado en:

<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872004001000013>

-BUSSO, Giuliana, *La capacidad de ejercicio de las personas menores de edad para actos patrimoniales en el nuevo régimen civil argentino*. El Derecho - Diario, Tomo 278. Fecha: 16-07-2018 Cita Digital: ED-DCCLXXVII-387

-CANDY, Peter, *Lex (P) laetoria*, DOI: 10.1093/acrefore/9780199381135.013.8263. Online publication date: Jun 2018, consultado en:

<https://oxfordre.com/classics/view/10.1093/acrefore/9780199381135.001.0001/acrefore-9780199381135-e-8263>

-CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Astrea, 2ª. edición, Buenos Aires, 2004.

-COLEMAN J.C. y HENDRY L.B., *Psicología de la adolescencia*, Morata, cuarta edición. Madrid. 2003, consulado en:

https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=94Od90KAzNYC&oi=fnd&pg=PA9&dq=piaget+adolescentes&ots=InLv-lirRo&sig=mIX_A_Rj3muAEIWE8L9mR97O6Vo#v=onepage&q=piaget%20adolescentes&f=false

-CHAVES LUNA, Laura Selene, *El abogado del niño – Teoría y práctica en la reciente legislación y en el nuevo Código Civil*, Tribunales Ediciones, Buenos Aires, 2015

-DUPLÁ MARÍN, Ma. Teresa y BARDAJÍ GÁLVEZ, Dolores, *EL FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA PROTECCIÓN AL MENOR CONSUMIDOR: LA INEXPERIENCIA EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL*, AFDUDC, 11, 2007, 211-230, consultado en:

<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2520/AD-11-15.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

-FAMÁ, María Victoria, *Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: LA LEY 20/10/2015, 20/10/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/3698/2015

-FERNÁNDEZ, Silvia E., *Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil*. Publicado en: Cita Online: AP/DOC/2210/2012

-HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses - Breve historia de la humanidad*, Penguin Random House Grupo Editorial, 17ª. Ed, Buenos Aires, 2019

-HERRERA, Marisa, *Ensayo para pensar una relación compleja sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino*. Consultado en:

http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/herrera-ensayo_para_pensar_en_justicia_y_derechos.pdf

-HIGHTON, Elena I., *Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial*. Publicado en: LA LEY 13/04/2015, 13/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 901.Cita Online: AR/DOC/1008/2015

-KAHNEMAN Daniel, *Pensar rápido Pensar despacio*, Penguin Random house Grupo editorial, Buenos Aires 2019

-KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora - FERNÁNDEZ, Silvia E., *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación*. Publicado en: Cita Online: AP/DOC/939/2015

-LAFFERRIERE Jorge Nicolás, *Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino*, *Revista de Derecho Privado*, issn: 0123-4366, e-issn: 2346-2442, n.º 38, 2020, 51-87

-LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino, Tomo II*, Lexis Nexis, Tercera Edición, Buenos Aires 2005

-LÓPEZ ROSETTI, Daniel, *Equilibrio - Como pensamos, como sentimos, como decidimos*, Editorial Planeta, Buenos Aires 2019

-LORENZETTI, Ricardo Luis, Director, *CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2014.

-LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, 1ª. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

-MANES, Facundo y NIRO, Mateo, *Usar el cerebro*, Editorial Planeta, 3ª. edición, Buenos Aires, 2019.-

-MIZRAHI, Mauricio Luis, *Responsabilidad parental*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2018.

-MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La lesión en los actos jurídicos*, Victor P. De Zavalía Editor, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección general de publicaciones, Córdoba, Argentina, 1979

-MUÑIZ, Carlos *Régimen de capacidad de los menores. En análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/regimen-capacidad-menores-muniz-pdf>

-RIVERA, julio César y MEDINA, Graciela. Directores, *Código Civil y Comercial de la Nación COMENTADO*, THOMPSON REUTERS LA LEY, Prov. Bs.As., 2014

-RIVERA Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General – Tomo II* - Tercera Edición actualizada, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Prov. de Bs. As. 2004

-SANTI, Mariana, *La persona menor de edad en el Proyecto de Código*. Publicado en: LA LEY 13/05/2013, 13/05/2013, 1 - LA LEY2013-C, 859 - DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 173. Cita Online: AR/DOC/1324/2013

-SHINA, Fernando E., *Daños al consumidor*, Astrea, Buenos Aires, marzo 2014

-SOLARI, Néstor Eliseo, *La niñez y sus nuevos paradigmas*, La Ley, Buenos Aires 2004

-STUPENENGO, María, *DESAFÍOS JURÍDICOS EN ARGENTINA PARA LOS ADOLESCENTES EN LAS RELACIONES DE CONSUMO*, Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año VIII, N° 1, 2020 ISSN: 2347-0151, UCES, consultado en:

http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/4831/Desafios_Stupenengo.pdf?sequence=1

-THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *Un pequeño empujón*, Random Penguin Grupo Editorial, Taurus, 1ª. edición, 2018

-TOBIÁS JOSÉ W., *TRATADO DE DERECHO CIVIL PARTE GENERAL TOMO III*, Thompson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018

-VIDELA ESCALADA, Federico, *LA CAUSA FINAL EN EL DERECHO CIVIL*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires 1968.-