

**Voces:** CONTRATO ~ CONTRATO DE CONSUMO ~ DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ RELACION DE CONSUMO ~ ORDEN PUBLICO ~ VICIO REDHIBITORIO ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

**Título:** Orden público de consumo y garantía por vicios ocultos. Una mirada desde el nuevo Código Civil y Comercial

**Autor:** Barocelli, Sergio Sebastián

**Publicado en:** RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 273

**Cita Online:** AR/DOC/2608/2015

**Sumario:** I. Introducción.— II. Hechos.— III. El orden público de consumo.— IV. El presupuesto de existencia de una relación de consumo para la aplicación del Derecho del Consumidor.— V. La garantía por vicios ocultos en las relaciones de consumo y el nuevo Código Civil y Comercial.— VI. A modo de conclusión

### **I. Introducción**

En el presente trabajo pretenderemos analizar el reciente fallo de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, dictada en el juicio "Casado, Juan Carlos c. Majema Constructora SRL y otros s/ acción de reducción", con fecha 27 de noviembre de 2014.

Primeramente nos aproximaremos a analizar el marco fáctico del caso bajo análisis; en segundo lugar, analizaremos las implicancias del orden público de consumo; seguidamente delinearemos algunas perspectivas sobre el ámbito de aplicación y el régimen de vicios ocultos en el Derecho del Consumidor y su impacto en la materia ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial; para, por último, intentar formular algunas conclusiones.

### **II. Hechos**

El señor Juan Carlos Casado adquirió de Majema Constructora SRL un departamento sujeto al régimen de la propiedad horizontal.

Al poco tiempo empezó a advertir en la unidad funcional humedades, rajaduras y cuarteamiento de revoques en la parte exterior y otras deficiencias técnicas en la construcción.

Por tal motivo inició la acción quanti minoris por la garantía de vicios redhibitorios, en los términos del Código Civil, y por daño moral contra el enajenante Mareja Constructora SRL y contra José Alberto Zanlongo, quien estuvo a cargo del proyecto y dirección de la obra, y Marcelo Hernán Bravo, quien figura en los planos como responsable de la construcción.

En primera instancia, se hizo lugar a la demanda, condenando a Mareja Constructora SRL a pagar al actor Juan Carlos Casado la suma de pesos veinte mil más intereses, aplicando el juez de oficio normas del sistema de protección al consumidor, como así también a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados José Alberto Zanlongo y Marcelo Hernán Bravo.

La Cámara, por las razones que delinearemos a continuación, modificó la sentencia, reduciendo el monto a nueve mil ciento veintidós pesos con setenta centavos más IVA, confirmando el resto que fuera motivo de agravios.

### **III. El orden público de consumo**

Se agravio la codemandada Mareja Constructora SRL de la aplicación por el juzgador de primera instancia de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) sin que las partes las hayan invocado, por vulnerar el principio de congruencia.

El fallo reafirma el carácter de orden público e interés social del Derecho del Consumidor. Remarca la resolución judicial de la Cámara que aun cuando las partes no lo hayan invocado la LDC, en la sentencia se la aplicó acertadamente y ello no vulnera el principio de congruencia, no solo en virtud del iura novit curia, sino porque se trata de una ley de orden público (art. 65). Por ello, corresponde su aplicación de oficio cumpliendo así con el fin protectorio establecido en la Constitución Nacional (CN).

El carácter de orden público surge expresamente del art. 65 de la LDC. Corresponde recordar que la calificación de una norma por el legislador como de orden público trae aparejado dos consecuencias: la irrenunciabilidad de los derechos que reconoce, es decir, la indisponibilidad de su contenido por las partes y la aplicabilidad de oficio por los jueces. <sup>(1)</sup>

Como bien remarca el fallo, en este último punto, en el caso del Derecho del Consumidor es también una manda constitucional. La aplicación de oficio de las normas de protección al consumidor por los jueces no es una facultad sino un deber, en cumplimiento con la prescripción del art. 42 de nuestra Ley Fundamental que impone a las autoridades públicas el deber de proveer a la defensa de los derechos de los consumidores. Ello implica, no solo la aplicación de "una ley", la ley 24.240, sino de un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable, esto es, de que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el

ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de los sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo. (2)

En las cuestiones relativas a los derechos de los consumidores, como en los derechos de incidencia colectiva en general y/o los llamados derechos de "tercera generación", el rol de los jueces debe apartarse del paradigma juez neutral, árbitro de las pretensiones de las partes para adoptar el de un juez que se involucre activamente en el proceso. Su actuación debe alejarse de la neutralidad, más no de la imparcialidad. (3) Como señalaba el maestro Morello "debe concederse a los jueces y éstos deben ejercerlos mayores poderes deberes... ello implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes le confieren...". (4)

La ya citada prescripción del art. 42 de la CN es el fundamento asimismo del principio protectorio, sustrato axiológico más importante del Derecho del Consumidor, que el nuevo Código Civil y Comercial lo ha recepcionado expresamente, en su art. 1094, al establecerlo, no solo como criterio de interpretación, sino también de aplicación del Derecho del Consumidor, por lo que de esta manera se ve fortalecido y consolidado. (5)

#### **IV. El presupuesto de existencia de una relación de consumo para la aplicación del Derecho del Consumidor**

Como señaláramos anteriormente, cuando se verifica la existencia de una relación de consumo, esto es, conforme prescribe el art. 3º de la LDC, el vínculo jurídico entre un consumidor y un proveedor, se "dispara" la aplicación del Derecho del Consumidor. (6)

Así lo perfila el fallo al considerar las implicancias constitucionales de la protección al consumidor, como un sistema de normas tuitivas de la parte más débil de a relación de consumo, a la cual caracteriza como todas las relaciones jurídicas por las cuales un sujeto accede al uso y/o consumo de un bien (agregamos nosotros, "o servicio").

Es decir, la relación de consumo abarca, como ha dicho la jurisprudencia (7), "todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para destino final de consumidores y usuarios"(8), y "comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario —cuando el bien se produce, fabrica o elabora—, cuyo objetivo comercial —indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad—, es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en ésta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". (9)

Señala también el fallo que el actor, como adquirente del departamento para consumo final se encuentra dentro del concepto de consumidor, con independencia de que sean nuevos o usados, medie o no oferta pública dirigida a persona indeterminada y se destine o no a al vivienda. Sobre este último punto consideramos necesario hacer una aclaración. A nuestro entender, el carácter de consumidor será indubitable si el destino es para vivienda, ya sea para si (consumidor directo en los términos del primer párrafo del art. 1º de la LDC) o para alguien de su grupo familiar o social (consumidor indirecto en los términos del segundo párrafo del art. 1º de la LDC). Pero si el destino no es habitacional, corresponderá distinguir de aquellos en fuese un destino no lucrativo (por ejemplo, establecer la sede de una organización sin fines de lucro, que si será un consumidor), de aquellos que el fin sea lucrativo (comercial, industrial, profesional, etc.) En este último punto, por constituir el inmueble un insumo directo o indirecto de una actividad lucrativa, lo descalifica como consumidor, no siendo aplicable, en consecuencia, el régimen tuitivo mas si el régimen general, incluso, eventualmente el de regulación de los contratos de adhesión.

¿Cambia el panorama respecto de los alcances de la relación de consumo con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, aprobado por Ley 26.994? Entendemos que no. Si hacemos una lectura a la luz de los principios del Derecho del Consumidor, fortalecidos y consolidados con el nuevo Código, podemos sostener que no se ha producido limitación alguna a los alcances de la relación de consumo hasta ahora existentes.

Si uno hiciera una lectura gramatical, podría sostenerse, en principio, que lo que denominamos "consumidor directo" o "consumidor en sentido estricto" permanece sin cambios; esto es, quien adquiere o utiliza bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas o de su grupo familiar o de relación, que se encontraba ya en el primer párrafo del art. 1º de la LDC y en idéntico sentido en el primer párrafo del art. 1092 del nuevo Código. Más aun, entendemos que el nuevo Código ha contribuido más a desvanecer los argumentos de quienes propugnan la existencia de un supuesto "consumidor empresario"(10), al prescribir expresamente en el art. 1093 que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado y al regular expresamente los contratos de adhesión, tanto entre dos empresas, como entre empresas y consumidores, en los art. 984 y subsiguientes, estableciendo prescripciones especiales en ametría de formalismo de protección, interpretación, cláusulas abusivas, entre otros. Por tanto, los argumentos de

"pobreza" del ordenamiento jurídico para "estirar" la noción de consumidor, desnaturalizándola y comprendiendo estos supuestos carecen ya, desde nuestro punto de vista, de fundamentos.

Respecto del llamado "consumidor indirecto" o "usuario no contratante", también permanece indemne en el segundo párrafo del art. 1º de la LDC y el art. 1092 del nuevo Código. Nos referimos a quienes, sin ser parte del contrato o vínculo de origen, son los destinatarios finales de la prestación objeto del mismo o de sus efectos jurídicos.

Y parecería que el que ha desaparecido es el sujeto expuesto a la relación de consumo. (11) Recordemos que los sujetos expuestos a la relación de consumo los caracterizábamos como aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufren o están en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (12), comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado (oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc.) como a víctimas no contratantes de daños por defectos de producto o incumplimiento del deber de seguridad.

Pero ello no es así, ya que los sujetos expuestos ha sido "reubicados" en el art. 1096 del nuevo Código. Dicho artículo prescribe: "Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092". Vale tener presente que dicho artículo esta inserto en la Sección 1ª, titulada "Prácticas abusivas, que reglamenta las cuestiones referidas a los derechos al trato digno, al trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar de los consumidores y que la Sección 2ª, titulada "Información y publicidad dirigida a los consumidores", regula el derecho/deber de información, las ilicitudes publicitarias y los efectos de la publicidad. Resulta, por tanto, decisivo echar luz sobre el alcance del concepto de "prácticas comerciales", para determinar entonces el alcance del concepto de sujeto expuesto a la relación de consumo. Al respecto, señala Rubén Stiglitz que las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción y que se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos. En el derecho comparado, la Directiva Comunitaria 29/2005 de la Unión Europea, ha caracterizado a las "prácticas comerciales" como "todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores". Por tanto, entendemos que podemos circunscribir dentro de dicha noción, las siguientes cuestiones: ilicitudes publicitarias; restricciones a la libertad de elección; prácticas abusivas, desleales y agresivas; incumplimiento de los deberes de información, seguridad y trato digno; y protección frente productos defectuosos.

Por tanto, la noción de expuesto a una relación de consumo continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales; como las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originado por el incumplimiento el deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en el defecto de información sobre riesgos y daños. Por consiguiente, el concepto de consumidor no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones que despertaban dudas y controversias.

## **V. La garantía por vicios ocultos en las relaciones de consumo y el nuevo Código Civil y Comercial**

Otra cuestión interesante a resaltar del fallo es cuando señala que el actor tenía amplio abanico de acciones para poder ejercer sus derechos. Es decir, si bien el actor encausó su pretensión en la acción estimatoria de al garantía de vicios redhibitorios del Código Civil, podría haberlo hecho en virtud del art. 10 bis de la LDC (incumplimiento), adicionar el art. 18 de la LDC, ir por la responsabilidad del art. 40 de la LDC o la responsabilidad del constructor en el contrato de obra.

Rechaza la legitimación pasiva del director de obra y el constructor en el marco de al acción estimatoria por garantía de vicios redhibitorios por no ser estos enajenantes.

Nos parece oportuno aquí, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial hacer algunas consideraciones sobre el instituto de la garantía de vicios ocultos, como la llama el nuevo cuerpo legal.

El nuevo Código Civil engloba a la garantía de vicios ocultos juntamente con la garantía de evicción dentro del instituto de la "obligación de saneamiento".

El art. 1033 establece como sujetos responsables de la obligación de saneamiento tanto al transmitente mediante un contrato a título oneroso como toda la cadena de antecesores, en tanto hayan efectuado su transmisión a título oneroso. La responsabilidad emergente del incumplimiento de la obligación de saneamiento, al ser una obligación de resultado, será objetiva y concurrente entre todos los obligados, sin perjuicio de que luego realicen entre ellos las correspondientes acciones de regreso.

Respecto de la responsabilidad por vicios ocultos, el art. 1051 establece que la misma comprende dos supuestos, que son: los vicios redhibitorios y otros defectos no excluidos por el art. 1053 (13) o ampliados convencionalmente. (14)

Los vicios redhibitorios son caracterizados como:

a) Defecto material. A diferencia de la garantía de evicción, que implica turbaciones de derecho, los vicios redhibitorios implican defectos de hecho, esto es, anormalidades o imperfecciones materiales sobre el bien objeto de la adquisición que carecen de las cualidades necesarias para cumplir determinada función;

b) Grave o importante. Deben tratarse de defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor. En los vicios redhibitorios se ve afectada la idoneidad del producto, es decir, sus calidades o cualidades, sin necesidad de que la gravedad no entrañe necesariamente que la cosa llegue a ser irreparable, excluyendo hechos menores;

c) Oculto. Debe entenderse como un defecto que no es ostensible al momento de la adquisición prestando una mediana atención o diligencia. Quedan, por tanto, excluidos los defectos aparentes o visibles;

d) Debe existir al tiempo de la adquisición. El garante-enajenante sólo responde por los vicios que existían al tiempo de la adquisición, y no los sobrevinientes. Deben estar presentes al momento de la operación, es decir, que la causa del vicio debe ser anterior o concomitante respecto del acto de adquisición;

e) Debe emerger con posterioridad a la adquisición. Siendo la causa del vicio anterior o concomitante a la adquisición, el defecto emerge con posterioridad a la adquisición, es decir, se vuelve perceptible a posteriori.

El ejercicio de la responsabilidad por defectos ocultos tiene como primer requisito, conforme el art. 1054, la denuncia del o de los defectos. El adquirente deberá denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Para tal efecto será válido cualquier medio de comunicación que el garante que actuare profesionalmente hubiese puesto al servicio del adquirente, como servicio de atención telefónica con número de reclamo, correo electrónico, plataforma digital, centros de atención posventa, ante el propio establecimiento del garante, etcétera. Igualmente de manera preferente la denuncia convendrá realizarla al domicilio del garante, mediante un medio extrajudicial fehaciente, como telegrama colacionado, carta documento, notificación notarial, etcétera.

El plazo de sesenta días se computa desde que el defecto comienza a manifestarse, es decir, desde que el adquirente puede tomar conocimiento de su existencia. Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo.

La carga de denunciar la existencia del defecto es de vital importancia para el ejercicio de los derechos del adquirente frente al garante, toda vez que su omisión o realización extemporánea hace extinguir su derecho a reclamar la responsabilidad por defectos ocultos.

Como única excepción, el adquirente podrá reclamar la responsabilidad del garante, ya porque haya omitido la realización de la denuncia o la haya hecho fuera de término cuando el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia de los defectos. Esta excepción tiene especial importancia ante el supuesto de actuación profesional del adquirente, ya sea en el marco de una relación de consumo o ante supuestas de contratos de adhesión entre empresas de distinto rubro. En el caso de las relaciones de consumo, por imperio del art. 54 de la LDC, que establece la regla de la carga dinámica de la prueba, será el garante quien deba probar que no conocía el defecto.

A partir de dicha denuncia comenzará a correr el plazo de prescripción para el inicio de las acciones judiciales respectivas, que conforme dispone el art. 2564 es de un año.

El art. 1055 establece la caducidad de la responsabilidad por vicios ocultos si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió; si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento. En este último caso, se computará desde el hecho que fuese posterior. Recordemos que, de conformidad con el art. 2566 del Código Civil la caducidad extingue el derecho no ejercido.

En virtud de la autonomía de la voluntad podrán establecerse plazos mayores, pero nunca podrá disponerse plazos inferiores. También entendemos que podrán ser dejados sin efecto, de conformidad con el art. 2571, al no estar comprometido en esta disposición el orden público.

En el supuesto de relaciones de consumo, haciendo una interpretación sistemática y dialógica con los arts. 11 y 18 de la LDC, entendemos que en materia de cosas muebles no resultará aplicable el plazo de caducidad. Consideramos que, de entenderlo de otra manera, se confundiría la garantía de vicios ocultos con los efectos de la garantía legal del art. 11 de la LDC, que también caduca a los seis meses de la adquisición, en el caso de cosas muebles. Recordemos que el art. 18 de la LDC establece que la aplicación de las disposiciones precedentes, esto es, las garantías legal y de servicio técnico, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. La previsión en materia de vicios ocultos del artículo mencionado se presenta como una garantía autónoma de las anteriores y que subsiste a la garantía legal del art. 11. Por lo tanto, en el caso de cosas

muebles en el marco de relaciones de consumo, la garantía de vicios ocultos subsistirá hasta el plazo de prescripción liberatoria.

El art. 1039 engloba en un artículo único las acciones del acreedor de la obligación de saneamiento, estableciendo que tiene derecho a optar entre:

- a) Reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios.
- b) Reclamar un bien equivalente, si es fungible.
- c) Declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los arts. 1050 y 1057.

Al respecto se señala que el adquirente podrá optar entre un catálogo de opciones, a su libre elección, de conformidad con sus intereses, salvo en los supuestos de los arts. 1050 y 1057, en que sólo podrá optar por las dos primeras opciones.

En el caso de los vicios ocultos, conforme la primera acción, el adquirente podrá solicitar la reparación, acondicionamiento, limpieza, mantenimiento u otra acción similar que permita subsanar el vicio. En este supuesto entendemos que quedaría subsumida la llamada "acción estimatoria" o *quanti minoris*, que desaparece de nuestro ordenamiento como tal, y permitía en caso de vicios conservar la cosa y requerir una quita del precio. En este caso, el adquirente podrá solicitar la subsanación del vicio más los daños y perjuicios, de conformidad con el art. 1040, y en caso de que la subsanación no fuese posible o no sea satisfactoria a juicio del adquirente, la "quita del precio" se verá subsumida en la indemnización del art. 1040.

Una segunda opción es el reclamo un bien equivalente, si es fungible. Esta opción es novedosa en el derecho civil y comercial clásico y constituye un ejemplo más de la llamada "consumerización" del derecho privado, es decir, de la asimilación de instituciones que nacieron en el derecho del consumidor y que fueron luego adoptadas por el derecho común. Se toma aquí la opción que el derecho del consumidor ya reconocía en el art. 10 bis de la LDC en caso de incumplimiento de "aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente" y el art. 17, inc. a ante la reparación no satisfactoria de "pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características". Lo importante aquí es que, tanto para la evicción como para los vicios ocultos, el adquirente podrá requerir un bien equivalente, en tanto éste sea fungible, es decir, conforme prescribe el art. 232 del Cód. Civil y Comercial, "todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad". Se aplica esta previsión tanto a cosas muebles o inmuebles como a bienes inmateriales. Otra nota destacable del presente artículo es que el bien debe ser "equivalente", esto es, no necesariamente igual, pero que satisfaga las expectativas del adquirente en cuanto a cantidades y cualidades. Ante el supuesto de que el bien idéntico no esté disponible en el mercado o existan dificultades para obtenerlo, la equivalencia quedará satisfecha con un bien de igual o superior calidad y demás circunstancias, mas no con uno de menor calidad, salvo que el adquirente acepte esta situación con una correspondiente compensación dineraria.

Por último, podrá optar por declarar la resolución del contrato. En este supuesto, aquí se ve plasmada la llamada "acción redhibitoria", por la cual el adquirente podrá disponer la resolución del contrato. Se devolverá el bien recibido, de ser posible, debiendo restituirse lo recibido como contraprestación. No podrá solicitarse la resolución del contrato, si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no lo acepta (art. 1057).

De conformidad con el art. 1040 podrá siempre adicionarse a cualquiera de las tres opciones el reclamo de los daños y perjuicios. A diferencia del Código de Vélez Sarsfield, donde en materia de vicios el art. 2176 solamente habilitaba el reclamo de daños y perjuicios en el marco de las garantías de vicios redhibitorios si el enajenante conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al adquirente. Obviamente, que a tales efectos, deberá acreditarse las reglas que, en materia de función resarcitoria, el Código Civil y Comercial determina en materia de responsabilidad civil. Se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, de conformidad con el art. 1722 del Código Civil y Comercial.

Se establecen como excepciones al principio general de reparación las siguientes:

a) Si el adquirente conoció, o pudo conocer la existencia de vicios. En este caso el enajenante no debe la indemnización de daños y perjuicios, pero se mantienen siempre las acciones del art. 1039.

b) Si el enajenante no conoció, ni pudo conocer la existencia de vicios.

Para estos dos supuestos de exención de responsabilidad, sin embargo, se dispone como excepción que no podrán ser invocadas por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad. Sobre este punto cabe hacer las siguientes consideraciones. En el caso de los contratos paritarios o discrecionales o contratos de adhesión entre empresas dichas causales no podrán operarse en el caso de que el enajenante actuare profesionalmente, conforme lo que se detallara en el art. 1038. No obstante, si jugara la excepción cuando el adquirente también actuare profesionalmente en la misma actividad.

En las relaciones de consumo ambas causales no tendrán efecto, en virtud de los arts. 988, inc. a y 1117 del Cód. Civil y Comercial y los arts. 18 y 37, inc. a de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

c) Si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente. En estos casos en que la transmisión se hace a riesgo del adquirente la operación se torna un contrato aleatorio.

d) Si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa.

El art. 1033 establece como sujetos responsables de la obligación de saneamiento, que comprende a las garantías de evicción y vicios ocultos, tanto al transmitente mediante un contrato a título oneroso como toda la cadena de antecesores, en tanto hayan efectuado su transmisión a título oneroso.

Podemos agregar algunas otras diferencias entre el régimen de vicios ocultos en el régimen común y en el del sistema de derecho del consumidor. Ellos son:

a) No resulta necesario acreditar el requisito de gravedad o importancia del daño. Muchas veces los daños al consumidor pueden ser vistos como daños "menores"; esta mirada, no obstante, no está desprovista muchas veces de prejuicios de clase que impiden ver que en otras realidades socioculturales perjuicios de sumas pequeñas pueden tener un impacto significativo en la economía familiar [\(15\)](#);

b) Señala el art. 18 de la LDC que el art. 2170 del Código Civil no podía ser opuesto al consumidor. Cabe recordar que dicho artículo señalaba que "el enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio". El artículo equivalente en el nuevo Código sería el art. 1053, inc. a, que dispone que la responsabilidad por defectos ocultos no comprende "los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega";

c) Dispone también el art. 18 que a instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Código Civil. Vale señalar que dicho artículo disponía que "si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato". Con el nuevo Código siempre el consumidor podrá reclamar además de las opciones del art. 1039 la reparación de los daños y perjuicios, no siéndole aplicables las limitaciones del art. 1040.

d) Haciendo un adecuado diálogo de fuentes con el nuevo Código, al sostener el art. 18 que la garantía de vicios redhibitorios subsiste más allá de la garantía legal, que es de seis meses para cosas muebles no consumibles, entendemos que en las relaciones de consumo, interpretando conforme dispone el nuevo Código en el art. 1096, a la luz del principio protectorio, no resultará de aplicación el plazo de caducidad de seis meses para cosas muebles del art. 1055 del nuevo Código Civil; ya que, interpretarlo de otra manera, implicaría "confundir" y "subsumir" ambas garantías y dejar en letra muerta el art. 18 de la LDC. En ese sentido, entendemos que dicha garantía valdrá hasta el plazo de prescripción contractual de cinco años.

e) Limitaciones al art. 1036 del Código Civil. Dicho artículo reza: "La responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Estas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente".

En el caso de las relaciones de consumo, se podrá ampliar la garantía, pero no renunciarse o restringirse. De ser así, estaremos en presencia de una cláusula abusiva, en los términos del art. 37 de la LDC, por ser tanto una desnaturalización de la obligación de saneamiento como una renuncia o restricción de ellos derechos del consumidor.

f) En relación al art. 1043 nunca el obligado al saneamiento podrá invocar su ignorancia o error, teniéndose por no escrita cualquier estipulación en contrario.

g) En relación a la prueba de que el vicio existía al tiempo de la adquisición, resultará de aplicación el art. 53, tercer párrafo de la LDC, que consagra en materia probatoria el "principio de las cargas dinámicas", cuando dispone que "los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". Así lo ha entendido la jurisprudencia en *Constructora de Proyectos S.A. c. Autovisiones S.A. s/ordinario*. [\(16\)](#)

h) Se aplicará también a las relaciones de consumo "gratuitas" (muestras gratis, sorteos, premios, programas de puntos o millaje, etc).

## **VI. A modo de conclusión**

Finalmente, de la lectura del fallo y las consideraciones formuladas, esbozamos realizar las siguientes conclusiones:

El Derecho del Consumidor, como respuesta del cambio jurídico a las transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales que se han producido en los últimos años como consolidación de la llamada

"sociedad de consumo", constituye un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de los sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo .

Su contenido es de orden público e interés social, por lo que sus normas son indisponibles y aplicables de oficio y los derechos que reconoce son irrenunciables. Las autoridades públicas tienen mandato constitucional expresa de velar su cumplimiento y eficacia.

La garantía de vicios ocultos ha perfilado nuevos horizontes con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y su aplicación a las relaciones de consumo debe interpretarse y aplicarse en un adecuado "diálogo de fuentes" con las normas del sistema de protección al consumidor, a la luz de los principios del Derecho del Consumidor.

(1) Conf. PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 501.

(2) BAROCELLI, Sergio S., "Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, febrero 2014, ps. 80 a 94.

(3) Conf. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, Derechos del consumidor, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 219 y ss.

(4) MORENO, Augusto y otros, La justicia entre dos épocas, Platense, La Plata, 1983, p. 232.

(5) Para ampliar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 2015 (febrero), LA LEY, 24/02/2015, 63.

(6) Para profundizar sobre este punto, ver ARIAS CAU, Esteban Javier - BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Necesaria Acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", LA LEY 09/05/2014, 05/09/2014, 4.

(7) CNCiv., sala F, 13/03/2000, "Greco, Marcelo G. c. Camino del Atlántico S.A. y otro", JA 2000-IV-197, voto de la Dra. Highton.

(8) FARINA, Juan M., "Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la Const. Nac.)", JA 1995-I-886.

(9) RINESSI, Antonio J., Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 13.

(10) Para profundizar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián y ARIAS CÁU, Esteban J., "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", LA LEY 05/09/2014, 4.

(11) Para profundizar sobre el punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Los sujetos expuestos a una relación de consumo", DJ 11/05/2011, 1, BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Protección de las víctimas expuestas a una relación de consumo por el sistema de defensa del consumidor", Revista Trabajos del Centro, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, ns. 9/10 (2011) en HYPERLINK "<http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/114/157>" <http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/114/157> y BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo", en <http://www.astrea.com.ar/resources.php?what=%2Ffiles%2Farticles%2Fdoctrina0352.pdf>.

(12) BAROCELLI, Sergio Sebastián, Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo, Astrea, Buenos Aires, 2012.

(13) Art. 1053.— Exclusiones. La responsabilidad por defectos ocultos no comprende: a) los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa respecto de aquéllos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega; b) los defectos del bien que no existían al tiempo de la adquisición. La prueba de su existencia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión.

(14) Art. 1052. — Ampliación convencional de la garantía. Se considera que un defecto es vicio redhibitorio: a) Si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido. b) Si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad. c) Si el que interviene

en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada.

(15) Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, "El régimen de garantías en el sistema de defensa del consumidor", DJ 09/05/2012, 15.

(16) CNCom., sala C, 23/10/2012, "Constructora de Proyectos S.A. c. Autovisiones S.A. s/ordinario", LLAR/JUR/62980/2012.