



## Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo

Por Esteban Javier Arias Cáu

**SUMARIO: I. Introducción.- II. Hechos del caso.- III. El consumidor inmobiliario y la prescripción.- IV. Pautas hermenéuticas.- V. Colofón.**

### I. Introducción

La interpretación jurídica (1) es una de las materias más arduas del derecho y a la vez posee la nota fundamental que irriga toda su conformación, en la búsqueda de la solución más justa para el caso concreto. En una época decimonónica se pensaba que los jueces no debían interpretar la ley, porque ello significaba la muerte de los códigos, entendidos como cuerpos normativos perfectos e inmaculados, lo que llevó a decir a Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar, el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer (2).” Sin embargo, esa situación ha ido modificándose sustancialmente, producto de la doctrina de los autores y también, vale reconocerlo, por un activismo jurisprudencial.

En nuestros días, en cambio, no se discute el valor de la interpretación jurídica y se hace un buen uso de sus herramientas, aunque el método de pensamiento difiere *sustancialmente* del dogmático positivista-legalista (3) toda vez que se recurre no sólo a las normas insertas en las leyes sino que se recurre a los principios, los hechos, los valores, la semiótica y por último la lógica deóntica.

El fallo de la Cámara Civil de Neuquén (4) que elegimos anotar presenta tópicos interesantes del uso de la hermenéutica, con el valor agregado que el decisorio aplica la ley 24.240 de defensa del consumidor —en adelante, LDC— a pesar que la parte actora sólo hizo una escueta mención de su articulado.

La sentencia comentada, decíamos, posee varios aspectos destacables, de por sí bastante sustanciosos, ya que trata sobre los vicios redhibitorios y la interpretación de su conocimiento; el plazo de prescripción aplicable y los actos considerados interruptivos; la doctrina de los actos propios; y por último, pero no menos relevante, la ley de defensa del consumidor y su carácter de orden público.

Por nuestra parte, por razones de espacio, estudiaremos sólo el concepto de *consumidor inmobiliario*, en el marco de la LDC y su reforma, relacionándolo con la interpretación del plazo de prescripción en dicho ámbito, con especial referencia a los vicios redhibitorios, agregando algunas reflexiones sobre el lugar que ocupa este microsistema (5) dentro del derecho.

### II. Hechos del caso

El señor Jorge Armando Jofre y su cónyuge Yolanda Piutrin suscribieron un boleto de compraventa de una unidad funcional (inmueble) con la firma Comasa S.A., contando con la financiación del Banco Hipotecario S.A. Con fecha 20 de octubre de 1998 tomaron posesión del inmueble y en el acta labrada al efecto la propia empresa Comasa S.A. — se infiere que sería una empresa constructora— deja constancia de la “inexistencia de condiciones de habitabilidad del inmueble, pues allí autoriza al actor a iniciar tareas de decoración-pintura y a solicitar la instalación de los correspondientes medidores de gas, luz y agua”.

Al poco tiempo se notaron otros defectos de construcción por lo cual remitieron carta documento, con fecha 2 de marzo de 1999, reclamando “la reparación de distintos aspectos inherentes al bien formalizando así distintos reclamos que hasta entonces se habían canalizado por intermedio del ingeniero Staicos de la empresa”. Ante la falta de satisfacción del pedido, con fecha 20 de diciembre de 2000 se presenta una denuncia por ante la Secretaría de Industria y Comercio de la provincia de Neuquén en los términos de la ley 24.240, no informándose de su resultado.

Así las cosas, con fecha 6 de diciembre de 2002 el señor Jofré promueve demanda en contra de la empresa Comasa S.A. y el Banco Hipotecario S.A. con fundamentos en los *vicios redhibitorios* del inmueble por la cual pretende obtener la “reducción del precio oblado (*quanti minoris*) y, en subsidio, acción de cumplimiento —reparación de lo



construido incorrectamente— y revisión del precio contractual, reclamando indemnización por daño moral”. Las demandadas oponen la excepción previa de prescripción del derecho en virtud de haberse cumplido el plazo de tres meses, aplicable según el art. 4041 del Cód. Civil.

En primera instancia, la juez a quo indaga la fecha a partir de la cual el actor tomó conocimiento de los vicios ocultos del inmueble, arribando a la conclusión que la remisión de la carta documento de fecha 2 de marzo de 1999 implica una “confesión respecto de la fecha en que tomó conocimiento de los vicios” y habiendo promovido la acción con fecha 6 de diciembre de 2002, había transcurrido con creces el plazo previsto por el art. 4041 del Cód. Civil, por lo cual hizo lugar a la excepción opuesta, imponiendo las costas a la actora.

Una vez apelada la sentencia en crisis, la sala I de la Cámara Civil de Neuquén, con fecha 12 de agosto de 2008, dispone revocar la resolución emitida por la juez a quo y en consecuencia rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la codemandada Comasa S.A., imponiendo las costas en ambas instancias a las demandadas. Los fundamentos que utilizó, *brevitatis* modo, fueron los siguientes: a) El conocimiento de los vicios redhibitorios depende cuando el comprador “pueda establecer por sí mismo y diligentemente que los defectos de la cosa son atribuibles a ese vicio”, es decir, pueda determinar “la relación de causa a efecto que media ente el vicio y su manifestación”; b) La ley de defensa del consumidor, aunque la parte actora sólo hizo una mención escueta, es la normativa predominante, por encima del Cód. Civil; c) El art. 50 de la LDC prescribe el plazo de tres años para las acciones emergentes de la ley, siendo de orden público.

### III. El consumidor inmobiliario y la prescripción

#### III.1. Posición contractual del Código Civil. Conceptos.

De modo preliminar, es dable advertir que toda la reglamentación del Cód. Civil esta imbuida de los principios generales de *autonomía de la voluntad* (art. 1197) y de *buena fe* (art. 1198) que presuponen, a su vez, la existencia de paridad contractual entre las partes contratantes, aquello que la doctrina clásica denomina contrato paritario. En otros términos, se presupone que las partes poseen *libertad de conclusión* que consiste en la “posibilidad ofrecida a cada persona de contratar o no contratar y,

en caso de contratar, de elegir con quien contrata (6)”; y *libertad de configuración*, entendida como “la posibilidad de determinar el contenido contractual. Ella se encuentra poderosamente asegurada en el art. 1197 del C. Civil, con la limitación del art. 21” (7). Esta *directriz* es la que fundamenta toda la regulación de la materia contractual.

El Cód. Civil en el libro II, sección III, bajo el Título XIV intitulado “de los vicios redhibitorios” regula aquellos aspectos relativos al concepto de vicio, su conocimiento, el tiempo, las distintas acciones y sus límites. El art. 2164 prescribe que “son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o haría dado menos por ella”.

Conforme la redacción del precepto, se puede inferir las condiciones de los defectos ocultos, de la siguiente manera (8): 1) Debe tratarse de un vicio material en la cosa en sí misma; 2) Existente al tiempo del negocio; 3) El negocio debe ser de transmisión a título oneroso; 4) Debe estar oculto; 5) Debe ser vicio grave; 6) El adquirente debe haberlo ignorado; 7) No debe haber pacto expreso de irresponsabilidad por vicios redhibitorios.

Este defecto en la cosa es un vicio *fáctico* o de hecho, a diferencia de la garantía de evicción que es un vicio de derecho. En cuanto al tiempo debe existir al momento del negocio, entendido cuando se hizo tradición de la cosa (conf. art. 577, del Cód. Civil) y no cuando se celebró o se perfeccionó el contrato. La regla es que el contrato debe ser oneroso toda vez que las acciones redhibitorias no “comprenden a los adquirentes a título gratuito” (art. 2165, Cód. Civil). Debe estar oculto, por oposición a aparente o visible, circunstancia de hecho que deberá determinarse en cada caso. Empero, además, el vicio debe ser grave, en el sentido que la desnaturalice o haga impropia para su destino. El adquirente debe ignorarlo, es decir, actuar de buena fe. Por último, el vicio redhibitorio es un elemento *natural* del contrato por lo cual la ley —en el caso, el Código Civil— inserta supletoriamente el régimen de los vicios redhibitorios ante el silencio de las partes; empero, este elemento puede convertirse en *accidental*, si las partes modifican la ley; por ejemplo, pueden “restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios”, conforme la pauta autorizada por el art. 2166 del Cód. Civil, siendo que



el límite a la autonomía de la voluntad “está dado por el dolo, por lo que la supresión o disminución de la garantía si hubo engaño, serían nulas (9)”.

### III.2 Posición contractual de la Ley de Defensa del Consumidor.

La sanción de ley 24.240 tuvo su importancia superlativa dentro del ordenamiento jurídico nacional puesto que modificó, aunque de modo indirecto y al principio supletoriamente, la interpretación del derecho privado patrio, lo que llevó a cierta doctrina a señalar: “Lo que parecía imposible se hizo realidad; la tantas veces postergada reforma de nuestros códigos de fondo, que desde 1987 con el Proyecto de Unificación Civil y Comercial se trata de efectuar, se llevó a cabo indirectamente, sin pena ni gloria, por la ley de defensa del consumidor, que al perder su teleología, por mala técnica legislativa, termina reformulando gran parte de estos códigos (10)”.

Una digresión: El Estado en los últimos veinte años, especialmente en situaciones de *emergencia* (11) económica, se ha inmiscuido en la autonomía de la voluntad de los particulares modificando contratos, con sustento en el orden público o bien en el interés general (ej. Contratos de alquileres, depósitos bancarios, hipotecas, etc.). Por otra parte, como *paradigma* de lo antedicho y en virtud de haberse dictado fuera de cualquier emergencia económica, tenemos la ley de defensa del consumidor en la cual el Estado ha regulado expresamente y con fines tuitivos la *relación de consumo* establecida en el art. 42 de la Constitución Nacional, precisando derechos de los consumidores con correspondencia a los proveedores (12).

A diferencia del código civil, la materia de la ley de defensa del consumidor “son las relaciones jurídicas emergentes de las contrataciones mercantiles en las que una parte es —comúnmente— una empresa que impone sus condiciones generales de contratación (parte dominante) y la otra es el cliente aislado (parte débil), que se ve sometido a las cláusulas predispuestas por el primero (13)”.

En principio, estas relaciones deberían quedar subsumidas en el derecho mercantil, en virtud de la tendencia abarcativa del art. 5 párrafo primero del Cód. de Comercio, teniendo en cuenta que su objeto principal o primario radica en las cosas muebles, entendidas en sentido amplio, y su elaboración doctrinaria debería recaer principalmente en los especialistas comerciales. Sin embargo, autorizada

doctrina señaló, son los “civilistas “ahora privatistas” quienes han asumido el tema del consumidor. Los comercialistas, al menos mayoritariamente, lo han dejado de lado, entendiendo que su lealtad es con el proveedor o comerciante (14)”.

Permítasenos una digresión: Adelantamos que existen varios argumentos, dentro de la postura comercialista, para *subestimar* el derecho del consumidor: En primer lugar, el derecho mercantil tiene hoy como sujeto principal al empresario social o persona colectiva, utilizando para ello la técnica societaria, dejando de lado —en principio— la actividad del empresario o comerciante minorista. En segundo lugar, el objeto del derecho mercantil se encuentra en permanente cambio, modificándose su contenido conforme las mutaciones producidas en materia económica, política y social. En la actualidad, por tanto, ese contenido “se halla integrado por tres conceptos: a) La empresa; b) el empresario, y c) la hacienda organizada, como tres concausas que concurren a la obtención del resultado final (15)”. La materia del derecho mercantil hoy resulta de muy difícil aprehensión y se encuentra en crisis (16), no bastando para ello el mero análisis exegético del art. 8 del Cód. de Comercio. Por nuestra parte, creemos que su objeto principal pone su énfasis en la celebración de los contratos perfeccionados entre *empresas* (17), por ejemplo las transferencias de paquetes accionarios, y en consecuencia se deja de lado a la relación comercial minoritaria o “almaceneril”, en palabras del querido maestro Enrique M. Butty. En tercer lugar, el crecimiento exponencial de la competencia mercantil a lo que se agrega el tremendo valor de la autonomía de la voluntad permite la creación de nuevos contratos —o atípicos— que empujan la economía mundial y generan nuevos negocios dentro de este contexto globalizado. En tal sentido, hoy los comercialistas se preguntan ¿cuál es la materia mercantil?; ¿podemos incluir a los agro-negocios, por ejemplo? Todos estos argumentos, con el agregado de las costumbres mercantiles, le permiten al derecho mercantil ser parte de una tendencia universal que, en contrapartida, carece el derecho de los civiles o ciudadanos de un Estado determinado, con el añadido que los contratos civiles no han variado en número o tipicidad desde el derecho romano clásico (18).

Regresando al articulado de la LDC, está claro de su art. 1 denominado “Objeto” que su finalidad principal y última es la *defensa* de los consumidores y usuarios, por lo cual la inquietud radica en determinar subjetivamente quienes son éstos y la



materia bajo análisis, tópicos que analizaremos a continuación.

*III.3. Ambito de aplicación de la LDC. Consumidor y proveedor. El caso particular del consumidor inmobiliario en la ley 24.240 y su reforma.*

La ley 24.240 en su art. 1 define a los consumidores o usuarios como “las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de muebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta pública y dirigida a persona indeterminada”.

Desde el punto de vista *subjetivo* advertimos que el legislador incluyó como consumidores tanto a las personas físicas como jurídicas, tomando *posición amplia* en consonancia con la legislación del MERCOSUR (19), a pesar de las críticas que existieron en el seno del Congreso al discutirse su texto. En tal sentido, afirma el maestro Mosset Iturraspe, dentro de la “tendencia a la generalización anotamos, con satisfacción, la inclusión del consumidor informático y del consumidor del servicio de peaje (20)”. Sin embargo, sólo se admitió una fuente de obligación (el contrato) y un modo (título oneroso) con una finalidad específica (consumo final), restringiendo —demasiado, a nuestro modo de ver— la *relación de consumo* plasmada constitucionalmente en el art. 42 de la Constitución Nacional.

Desde el punto de vista *objetivo*, mediante la interpretación a contrario, es dable señalar que no se incluyen como materia de un contrato de consumo los siguientes tópicos: a) Locación de cosas inmuebles; b) adquisición de inmuebles usados destinados a vivienda; c) sin oferta pública; d) dirigidos a persona determinada; e) entre consumidores.

El supuesto (a) está justificado en virtud de contar con una legislación específica (ley 23.091) que regula todos sus aspectos. El supuesto (e) está regulado por el código civil. Empero, el supuesto (b) resulta criticable toda vez que la LDC reguló al *consumidor inmobiliario*, aunque en una descripción sumamente *restringida*, toda vez que sólo tutela la adquisición de *inmuebles nuevos* cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas. En el

decreto reglamentario 1789/94 se especificó el concepto de inmueble nuevo, incluyéndose la venta de viviendas prefabricadas (inc. b), definiéndose por nuevo “el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado” (inc. c), ampliándose, de este modo, el concepto legal.

Por tanto, el *consumidor inmobiliario* puede ser entendido como aquel que interviene en un contrato de compraventa de un inmueble nuevo a título oneroso y para su consumo final, pero para encontrarse tutelado en el marco de la LDC debía haberlo adquirido mediante oferta pública a personas indeterminadas (art. 7, LDC), a un proveedor incluido dentro del marco del art. 2 de la LDC. En tal sentido, se ha señalado que la autonomía privada “puede manifestarse de diversas formas en torno al régimen jurídico para posibilitar estas adquisiciones. Así, es factible que la adquisición consista en la celebración de un contrato de *leasing*. También se reconoce la constitución de verdaderos planes en los que los suscriptores pagan cuotas periódicas correspondientes al valor del bien, de resultados de lo cual en determinado momento se logra la transferencia del inmueble. También se recurre a formas asociativas, en algunos casos organizadas a través de asociaciones civiles, asignándose un determinado valor sobre el inmueble en construcción y en otros a figuras cooperativas (21)”.

En dicha tónica, siguiendo la postura de Schwartz, el *corredor inmobiliario* al prestar una tarea de “intermediación y asesoramiento constituye la prestación de un servicio, razón por la cual esa actividad se halla dentro del espectro contemplado en el inc. b) del art. 1 de la LDC (22)”. Continúa la autora citada, afirmando que “si carece de los conocimientos apropiados para determinar estos aspectos técnicos, deberá munirse del asesoramiento correspondiente o bien advertir al potencial adquirente o locatario que debe consultar con un profesional especializado sobre ese extremo, porque no se halla en condiciones de suministrar información (23) veraz y adecuada en ese aspecto (24)”.

La modificación a la LDC, producida por la ley 26.361, modificó el art. 1º, redefiniendo la noción conceptual de consumidor de este modo: “Artículo 1º — Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo



familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008*)

Esta nueva redacción nos parece atinada y dentro de la tendencia generalizadora que menciona Mosset Iturraspe, por lo cual, entendemos que hoy el consumidor inmobiliario debe ser entendido en sentido amplio, careciendo de los tópicos reseñados en la anterior redacción. La enunciación de la adquisición de los derechos en “tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”, es sólo a los fines ejemplificativos, ya que comprende otras figuras no incluidas, y que no debe interpretarse limitativamente, siempre dentro de la relación de consumo de rango constitucional. En consonancia con lo expuesto, Frustagli y Hernández afirman, “creemos que ese agregado debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias (25)”. Brindando algunos ejemplos, Gregorini Clusellas, explica que “los consumidores, compradores de inmuebles nuevos para vivienda, permanente o transitoria, o lotes de terreno adquiridos para tal fin, al igual que los locatarios que contratasen para el mismo objeto no comercial, la construcción o reparación de sus viviendas, están indistintamente tutelados por la ley (26)”.

*III.4 Prescripción de los vicios redhibitorios. El art. 4041 del Cód. Civil y el art. 50 de LDC. Su controversia.*

El art. 4041 del Cód. Civil reza: “Se prescribe por tres meses, la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la acción para que se baje del precio el menor valor por el vicio redhibitorio”.

Se advierte que el artículo en comentario regula el mismo plazo de tres meses, ya sea que se accione por la resolución del contrato como que se elija la acción estimatoria. Una circunstancia fáctica fundamental será aquella que permitió conocer el vicio, que generalmente será la fecha de la tradición de la cosa o bien cuando el comprador tomó la posesión de la

misma, pero si el comprador “arguye que los vicios que denuncia, no obstante que existían en ese momento, se manifestaron después, dispondrá de tres meses desde la aparición de esos vicios para entablar la acción (27)”. En similar sentido, y con especial referencia a la construcción de unidades habitacionales, se ha dicho que “el término de la prescripción comienza a correr desde que el vicio fue descubierto o se hizo aparente (28)”.

Por el contrario, el art. 50 de la LDC, según texto de la ley 24.240, reza: “Artículo 50. — Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Las tendencias doctrinales al interpretar el artículo de marras no fueron coincidentes e incluso reflejaron pensamientos diametralmente opuestos. Como bien lo explica Schvartz, “esta previsión legal ha dado lugar a un amplio abanico de interpretaciones, desde quienes sostienen que la norma sólo alcanza a las sanciones administrativas por la ubicación metodológica de la norma hasta quienes piensan que se aplican a todas las cuestiones, tanto administrativas como las judiciales, y que extiende los plazos menores de prescripción al plazo previsto en el art. 50 de la LDC (29)”. Se ha criticado su defectuosa técnica legislativa, en especial al decir que las sanciones prescriben, cuando en realidad, como bien lo explica Ossola, “las sanciones no prescriben, sino que constituyen una eventual consecuencia de la denuncia formulada ante la autoridad administrativa, quien tiene la facultad de aplicarlas según surge del art. 47 de la LDC. Entendemos entonces que lo que prescribe *es la acción* para ejercer la vía administrativa prevista en la ley, y no la sanción (30)”. La doctrina también ha desbrozado, identificado y luego sistematizado el vocablo acciones (31) a los efectos de dilucidar cuales son.

Sin embargo, la postura mayoritaria formada al calor de la interpretación amplia del art. 3 de la LDC “*in dubio pro...*” ya se había consolidado antes de la modificación producida por la ley 26.361, sosteniendo como plazo legal para todas las acciones emergentes de la ley, como de las leyes generales y especiales aplicables a la relación de consumo, el plazo de tres años (32). En opinión que compartimos, Ossola sostiene que “todas las acciones judiciales (civiles) y administrativas emergentes del Estatuto del Consumidor prescriben en el plazo de tres años,



tanto las que surgen a favor del consumidor, cuanto a favor del proveedor; y siempre que no exista un plazo especial determinado por ley posterior a la vigencia del art. 42 de la C.N. Esto comprende no sólo las acciones expresamente especificadas por la LDC, sino aquellas que emanan de otras normas especiales y generales; por supuesto, siempre y cuando la acción nazca de una relación de consumo (33)”.

Esta era la situación anterior al dictado de la ley 26.361. Sin embargo, el vigente art. 50 de la LDC, ahora reza: “Artículo 50. — Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales (*Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008*)”.

A simple vista, advertimos que se ha mejorado la redacción del artículo de marras, distinguiéndose las acciones en judiciales y administrativas; empero, reiterándose el error de incluir el término *sanciones*, aplicándose nuevamente las certeras reflexiones de Ossola, citadas más arriba. Se introduce una herramienta de interpretación específica, como es el *plazo más favorable* al consumidor, directamente en el texto de modo de clarificar todas las opiniones doctrinarias vertidas en torno a su texto anterior.

En nuestra opinión, nada ha cambiado toda vez que el criterio de interpretación más favorable ya se encontraba en el art. 3 de la ley 24.240. Ante ello, la pregunta que se impone es: ¿cualquiera de estas acciones prescribe para el consumidor en el término de tres años? Siguiendo la opinión de Farina, respondemos afirmativamente: “Entendemos que sí, pues el art. 50 es terminante y no formula distinciones, ni siquiera para diferencias los supuestos de obligaciones de naturaleza contractual de las que nacen de la responsabilidad aquiliana (34)”. Empero, la duda se mantiene en aquellos casos de plazos prescriptivos más amplios que el plazo de tres años, si son más favorables al consumidor, por lo cual es criticable no haber zanjado las controversias doctrinarias existentes con anterioridad, e incluso, a nuestro juicio, ahora se las ha potenciado incluyéndose el párrafo segundo.

Nos explicamos: Si un plazo es menor a tres años, no hay duda alguna que el plazo general de la LDC es de tres años, por lo cual debe prevalecer o predominar. Empero, si hay un plazo mayor a tres años, cierta postura autoral podrá interpretar, en justicia, que debe prevalecer el plazo mayor tornando de inseguridad jurídica la posición del proveedor, quien es casi siempre, un empresario individual o social que recurre a la técnica societaria para intervenir en el tráfico.

#### IV. Pautas hermenéuticas

La relación jurídica es definida como “una especie de relación social, en virtud de la cual determinadas situaciones de hecho, aptas para la satisfacción de algunos fines o intereses, son consideradas por el grupo social dignas de protección, razón por la cual se les reconoce a los sujetos de la relación facultades o prerrogativas, y se les imponen los correlativos deberes (35)”.

En esta materia, se han brindado pautas (36) hermenéuticas por la doctrina para analizar si una situación de hecho se encuentra bajo una relación de consumo. En nuestra opinión, el primer paso que debe darse es indagar si la relación jurídica bajo análisis se trata de una relación de consumo o no, en la terminología originaria, contrato de consumo. En el caso, nos encontramos con una compraventa inmobiliaria perfeccionada con una empresa constructora, con financiamiento bancario: contrato de consumo, encuadrado técnicamente en el art. 1 inc. c) de la Ley 24.240.

En caso positivo, pues, en segundo lugar, corresponde analizar cada uno de los términos de la relación para saber si hay un consumidor tutelado en la LDC y un proveedor. En nuestro caso, bajo el marco del texto originario de la LDC, advertimos que el actor Jofre se encuadraba en el art. 1° de la Ley 24.240, revistiendo las características de consumidor inmobiliario, toda vez que es persona física.

En tercer lugar, confrontando que existe una relación de consumo y que por tanto uno de sus sujetos activos es un consumidor, la normativa aplicable será el microsistema del derecho del consumidor (LDC), bajo una relación de consumo de raigambre constitucional. Por lo tanto, la interpretación *predominante*, con sus normas, instituciones y principios, será aquella que sea más favorable al consumidor. En nuestro caso, por aplicación de los arts. 3, 50 y 65, no existe duda



alguna que la acción por vicios redhibitorios (37) se encontraba vigente, había sido interpuesta la demanda en plazo y por contrapartida no era viable la excepción de prescripción opuesta por las demandadas, en la especie, proveedores en el marco del art. 2 de la LDC.

Si bien la situación —a nuestro juicio— no presentaba inconvenientes hermenéuticos dentro del marco de la ley originaria, toda vez que existía contrato de consumo, con la reciente modificación sancionada por la ley 26.361 ya no existe duda alguna que el *consumidor inmobiliario* se encuentra tutelado dentro del derecho de consumo, entendido en el sentido amplio desarrollado en el capítulo anterior.

Con respecto a la interpretación de la prescripción, dentro de la relación de consumo, ya se dijo que “si bien existe un fundamento normativo emergente del art. 4041 del Cód. Civil, la aplicación de esta norma debe ceder ante la reclamación y justificación axiológica de la norma general establecida en el estatuto particular para la totalidad de las acciones contractuales de que dispone el consumidor (38)”.

En otros términos, la normativa general prevista en los Códigos Civil y Comercial sufre, a partir de la sanción de la LDC, excepciones importantes “cuando el contrato tiene por objeto una relación de consumo encuadrable en la ley 24.240. Hasta la publicación de esta ley las relaciones de consumos estaban regidas fundamentalmente por ambos códigos; ahora, por la ley 24.240 y también por los códigos, cuando en el caso particular no aparezcan restringidos o modificados los principios generales del derecho del consumidor (39)”.

Entendemos que esta es la postura correcta. Con acierto, Ariza afirma que la “incidencia de la ley 24.240 respecto de regímenes normativos especiales plantea, para el intérprete, una ardua *tarea de coordinación* que todavía no se encuentra finalizada. La puesta en contacto de cuerpos normativos especiales con el estatuto de la ley 24.240 impone una actividad que deberá estar guiada por el carácter expansivo de la tutela legal, como así también por la reconstrucción de algunos conceptos propios de las ramas tradicionales (40)”.

En particular, con referencia al plazo de prescripción de la acción por vicios redhibitorios, creemos que, en virtud de la ley de defensa del consumidor, debe tener preeminencia el art. 50 y en

concordancia con el art. 3, sobre el art. 4041 del Cód. Civil (41).

Por último, aplaudimos la solución del caso por la Cámara sentenciante, ya que si bien la mención que se hizo de la LDC fue escueta, habiéndose advertido que estábamos en presencia de un contrato de consumo, regulado por la relación de consumo, se aplicó la LDC por el principio *iura novit curia* (42), con fundamento en que su normativa no es materia disponible por los particulares, en virtud del art. 65 de la ley.

## V. Colofón

La inserción del derecho del consumidor en el derecho nacional ha ocasionado un verdadero *cisma* poniendo en crisis la distinción romanista (43) del derecho en público y privado. Entonces, la pregunta que se impone es aquella que dejamos pendiente en la introducción, ¿cuál es la denominación de esta categoría jurídica? En otros términos: ¿estamos frente a un microsistema (44) o un subsistema (45)? O vamos más allá, ¿estaremos en presencia del sistema (46) del derecho del consumidor?

En primer lugar, desde el punto de vista terminológico, el vocablo sistema no nos conforma si es utilizado como lo entendían aquellos que pregonizaban el método dogmático (47) y por lo tanto no reconocían las lagunas de éste, negando la función creadora del juez o del intérprete. Por otra parte, es dable reconocer la función expansiva que tiene hoy el derecho del consumidor, abarcando materias que hace pocos años le estaba vedada, como el consumidor inmobiliario, una interpretación extensiva del carácter de consumidor de las personas jurídicas, los vicios redhibitorios en la compraventa de inmuebles, etc.

En segundo lugar, empero, si tomamos el paradigma de interpretación actual que pone énfasis en los hechos del caso “*ex facta ius oritur*”, en la doctrina de los valores, en los principios, el carácter multívoco de los vocablos y la lógica deóntica, si podemos entender el derecho del consumidor como un régimen o sistema tuitivo de este particular sujeto.

En tales términos, advertimos que el control en el microsistema (48) de defensa del consumidor —o estatuto (49) para cierta doctrina (50)—, “no se limita a una positividad legalista, sino que toma en cuenta el grado de actuación coordinada de los institutos y principios propios de esta materia (51)”. Por su parte, Lorenzetti comienza a hablar de la



crisis de la parte general del derecho civil y mencionando que “la ley especial se transforma en derecho general de una institución, y el Derecho general en una disciplina residual de casos no contemplados en las leyes especiales (52)” Desarrollando esta idea, pensamos en voz alta advirtiendo que el contrato comercial por excelencia (la compraventa mobiliaria) ahora está regida *predominantemente* por el derecho del consumidor, reduciéndose (53) el objeto del derecho mercantil sólo a los contratos celebrados entre empresas.

El microsistema —denominación correcta, por ahora— se encuentra en elaboración continua por la doctrina y la jurisprudencia, contando con principios y normas propios, que deben ser aplicados de forma *preeminente* en las relaciones de consumo, por encima de los códigos Civil y Comercial. Este nuevo derecho debe ser aplicado por los jueces aunque las partes no invoquen explícitamente sus normas ya que constituye materia de orden público, por razones de política legislativa, y más aún hoy en día en el cual la relación de consumo, de rango constitucional, ha adquirido regulación legal en la ley 26.361.

Esperemos, por tanto, que se revierta la crítica que hace poco tiempo había esbozado Ossola cuando decía: “A pesar de que la doctrina se viene ocupando afanosamente de todos los aspectos jurídicos derivados de las relaciones de consumo, la jurisprudencia no ha respondido de la misma manera (54)...”. El fallo anotado es un primer eslabón que comienza a pagar la deuda...

(1) La interpretación jurídica va dirigida a entender el significado y a fijar el alcance del objeto interpretado. Con sus propias reglas hay diversos campos sometidos a esa tarea, que es necesaria en todos los órdenes del derecho. Cfr., CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), Código Civil. Comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2004, tomo III, pág. 47.

(2) Cfr., VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación Jurídica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 17, parafraseando a Demolombe.

(3) Siguiendo el pensamiento de Rodolfo L. Vigo en su obra Interpretación, podemos resumir las características del modelo dogmático como: a) El derecho era la ley (ontología jurídica); b) el conocimiento era sólo el científico (univocidad cognoscitiva); c) la interpretación consistía en reconstruir o investigar el pensamiento auténtico del legislador (objeto); d) el silogismo deductivo, como método, implicaba aplicar el saber teórico, es decir, conocer por conocer (estructura); e) la constitución era sólo un programa político dirigido al legislador quien lo actualiza mediante el dictado de leyes concretas; f) el derecho positivo era entendido como un sistema sin lagunas

(sistema); g) el sentido de las palabras era unívoco (ontolgismo verbal); h) confianza optimista en la utilización del método interpretativo de métodos: 1) gramatical; 2) lógico; 3) histórico; 4) sistemático. Conf., VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación..., cit., págs. 15 a 18.

(4) CCivNeuquén, sala I, agosto 12-2008 in re Jofre, Jorge Armando c/Comasa S.A. y otro s/vicios redhibitorios.

(5) Por ahora, no ahondamos en el concepto que nombramos en el texto. Sin embargo, dejamos sentado que tenemos algunas dudas en cuanto a su conformación.

(6) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., Teoría de los contratos. Parte general, Zavalía, Buenos Aires, 2003, tomo I, pág. 147.

(7) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., Teoría de los contratos..., cit., tomo I, pág. 147.

(8) CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), Código civil..., cit., tomo III, pág. 47.

(9) Conf., CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), Código civil..., cit., tomo III, pág. 52. En idéntico sentido, ver: SPOTA, Alberto G., Instituciones de derecho civil. Contratos, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1980, Volumen IV, pág. 211.

(10) GHERSI, Carlos A., La reforma de los códigos Civil y Comercial por la ley de defensa del consumidor, JA, 1994-I-870.

(11) Al decir de Gordillo, esta emergencia es perpetua porque desde ahora vemos y seguiremos viendo la realidad. GORDILLO, Agustín, El estado de derecho en estado de emergencia, en AAVV “Emergencia pública y reforma del régimen monetario (Director Ricardo Luis Lorenzetti), La Ley, 2002, pág. 53.

(12) ARIAS CAU, Esteban Javier, Panorama general de la ley 26.361, MDJ4089.

(13) FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361, 4 edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 22.

(14) Conf., MOSSET ITURRASPE, Jorge, Defensa del consumidor. Ley 24.240, segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 24. En pensamiento similar, Farina completa la idea mencionado que hasta “hace unas décadas se había concebido al derecho comercial como derecho de la empresa, olvidando que la empresa existe, vive y actúa para llegar, de un modo u otro, hasta el consumidor y usuario final. Por eso algunos autores, guiados por una visión unilateral del derecho mercantil, olvidaron o consideraron extraños a él los derechos de quienes necesariamente dan razón de ser a esa actividad y, por lo tanto, al derecho comercial”. Cfr.,





FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario..., cit., pág. 3.

(15) Conf., FERNANDEZ, Raymundo L., GOMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María Valentina, Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, segunda edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, Tomo I-A, pág. 267.

(16) Conf., CAPUTO, Leandro, La materia del derecho mercantil en la actualidad. Criterio para su delimitación, RDCO, 2003, pág. 459-485.

(17) ARIAS CAU, Esteban Javier, Pautas de interpretación para los contratos entre empresas (celebrados por adhesión), RDCO, 2001, pág. 787.

(18) Para una explicación más extensa de esta particular situación nos remitimos a nuestro trabajo: Panorama General de la ley 26.361, MDJ4089.

(19) Conf., FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNANDEZ, Carlos A., Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual, Número especial (coordinadora Nidia K. Cicero) "Régimen de Defensa del consumidor. Análisis de su reforma", JA 2008-II, fascículo 9, págs. 4, nota 3.

(20) MOSSET ITURRASPE, Jorge, Defensa del consumidor..., cit., pág. 20 y sig. Con respecto al consumidor del servicio de peaje, manifestamos —por ahora— nuestras dudas toda vez que, en nuestro criterio, no era necesario recurrir a la relación de consumo para sustentar la responsabilidad del concesionario de servicio público o incluso del Estado concedente, siendo ello posible dentro de una razonable interpretación del contrato público de concesión. PADILLA, Rodrigo - ARIAS CAU, Esteban Javier, La responsabilidad del concesionario y del estado frente a las privatizaciones, LA LEY, 1997-F, 1423.

(21) ARIZA, Ariel, El consumidor inmobiliario y la prescripción, LA LEY 2003-E, 737, nota a fallo CNACiv, sala I, julio 18-2003 in re Sanz, Sonia M. c. Del Plata Propiedades S.A. y otro, LA LEY 2003-E, 341.

(22) Conf., SCHVARTZ, Liliana, Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios: Manual teórico-práctico, García Alonso, Buenos Aires, 2005, pág. 44.

(23) Con respecto a las consecuencias de la inobservancia del deber de información, remitimos a nuestro trabajo: ARIAS CAU, Esteban Javier, La violación del derecho de información como falta formal y sus consecuencias, MJD4124.

(24) SCHVARTZ, Liliana, Defensa de los derechos de los consumidores..., cit., pág. 45.

(25) FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNANDEZ, Carlos A., Primeras consideraciones..., JA 2008-II, fascículo 9, pág. 6. Conf., SANTARELLI, Fulvio Germán, Novedades en el régimen de contratación con el consumidor, en

AA.VV. "Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor" (Director Roberto Vázquez Ferreyra), La Ley, Buenos Aires, abril de 2008, pág. 13-145, cuando menciona que "toda transacción inmobiliaria llevada a cabo por un consumidor estará sujeta a la normativa en análisis".

(26) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26361, JA 2008-II, fascículo 9, pág. 50.

(27) Conf., CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), Código civil..., cit., tomo IV, pág. 52, quien a su vez, se reenvía al pensamiento de Llambías.

(28) CNCiv, sala A, junio 5-1984, LA LEY, 1985-A, 541.

(29) SCHVARTZ, Liliana, Defensa de los derechos de los consumidores..., cit., pág. 151.

(30) OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo, LA LEY 2006-F, 1184-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 525.

(31) Por razones de espacio, nos remitimos al trabajo de FRUSTAGLI, Sandra, Contrato de consumo y la prescripción de la acción por vicios redhibitorios, JA, 2004-II-757. Ampliar en: OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184.

(32) Conf. SCHVARTZ, Liliana, Defensa de los derechos de los consumidores..., cit., pág. 152.

(33) OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184. Por ahora, dentro de la temática analizada, creemos que es la mejor posición en miras a la seguridad jurídica. Sin embargo, todavía tenemos algunas dudas, especialmente con la nueva redacción de los arts. 3 y 50, texto ley 26.361, cuando en el caso concreto tenga preeminencia un principio de la ley que sea más favorable al consumidor, estableciendo, por ejemplo, un plazo mayor a 3 años.

(34) FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario..., cit., pág. 542 y sig. Parece seguir esta postura, MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240, primera edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 272. En idéntico sentido, aunque bajo el texto anterior de la ley, remitimos a OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184.

(35) MOISSET DE ESPANES, Luis, Curso de obligaciones, Zavalía, Buenos Aires, 2004, tomo 1, pág. 10.

(36) Conf., OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184.



(37) Si bien el objeto de la nota radica en la interpretación y no en el desarrollo de los vicios en la compraventa, entendemos que válidamente cierta opinión autoral podría invocar que el art. 18 de la LDC (vicios redhibitorios) se encuentra ubicado dentro del capítulo IV intitulado "Cosas muebles no consumibles", siendo inaplicable a la compraventa inmobiliaria. Sin embargo, por las razones que invocamos en el texto creemos que esta interpretación restringida no debe prevalecer.

(38) ARIZA, Ariel, El consumidor inmobiliario..., cit., LA LEY 2003-E, 737.

(39) FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario..., cit., pág. 22.

(40) ARIZA, Ariel, El consumidor inmobiliario..., cit., LA LEY 2003-E, 737.

(41) Conf., FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario..., cit., pág. 543.

(42) Conf., OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184.

(43) Cabe recordar la clásica noción de Ulpiano cuando dice que "el derecho público se refiere al estado de la cosa romana, mientras que el privado se refiere a la utilidad de los particulares". Explicando esta noción, Aftalión precisaba que el "derecho público reglaba las relaciones de los hombres considerados como miembros de la asociación política: se ocupaba del gobierno del Estado, de la organización de las magistraturas y de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. El derecho privado tenía por objeto las relaciones entre los particulares" Cfr., AFTALION, Enrique E., VILANOVA, José, Introducción al derecho, segunda edición, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994 pág. 903.

(44) Un microsistema se autoabastece a partir de sus pautas, criterios o principios. Cfr., MOSSET ITURRASPE, Jorge, Defensa del consumidor..., cit., pág. 23 y sig.

(45) Conf., SANTARELLI, Fulvio Germán, Novedades..., cit., pág. 13-145. El subsistema o sistema hijo se encuentra íntimamente relacionado con el derecho civil y comercial, del cual depende. En tal sentido, Mosset Iturraspe se pregunta "si la ley 24.240 constituye un pequeño ordenamiento dependiente de los Códigos Civil y Comercial, un subsistema o sistema hijo, o, por el contrario, si puede aludirse a un ordenamiento autónomo, en buena medida —microsistema—, cuyas relaciones con el macrosistema son de ida y vuelta, de recíproca influencia. La cuestión no es baladí o menor. Un microsistema se autoabastece a partir de sus pautas, criterios o principios". Cfr., MOSSET ITURRASPE, Jorge, Defensa del consumidor..., cit., pág. 23 y sig.

(46) OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184.

(47) En tal sentido, el profesor Vigo afirma que la dogmática positivista busca entender al derecho, siguiendo la impronta del legislador o del científico, como un sistema dotado de "unidad, completitud y coherencia. Conf., VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación..., cit., pág. 18.

(48) Un microsistema se autoabastece a partir de sus pautas, criterios o principios. Cfr., MOSSET ITURRASPE, Jorge, Defensa del consumidor..., cit., pág. 23 y sig.

(49) En contra: FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario..., cit., pág. 4 y sig. Así, afirma: "En primer lugar, y como ya dijimos, la tutela que este derecho propone no va dirigida a cierta clase de personas o a determinado sector social; no existe la clase o el grupo de consumidores, dado que todos los seres humanos, sin excepción, somos consumidores y de un modo u otro debemos adquirir bienes en el mercado, en las condiciones en que se ofrecen, sea el adquirente un obrero, un empleado, un profesional, un directivo de empresa, o un dueño de empresa".

(50) Entendido como un conjunto de normas que constituye una regulación acotada, limitada en cuanto a protectoria, por lo cual la autonomía de la voluntad se ve acotada por diversas normas imperativas. Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo Luis. "Defensa del Consumidor - Ley 24.240", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 16 y siguientes.

(51) ARIZA, Ariel, El consumidor inmobiliario..., cit., LA LEY 2003-E, 737.

(52) LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, pág. 54.

(53) Por supuesto, estos contratos son varias veces millonarios. Sin embargo, nos preguntamos, ¿los agronegocios o los fideicomisos que tratan estos contratos, no son netamente mercantiles en la actualidad, refutándose la opinión brindada por Tullio Ascarelli, "Otro ejemplo: La compraventa inmobiliaria realizada por una empresa comercial, a través de la compraventa habitual y profesional de unidades habitacionales, ¿hay duda alguna que hoy es netamente comercial".

(54) OSSOLA, Federico Alejandro, La prescripción liberatoria..., cit., LA LEY 2006-F, 1184.