

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ESTIMATORIA Y EL ORDEN PÚBLICO DEL CONSUMIDOR¹

Por ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU Y MATÍAS L. NIETO

Sumario: I.- Introducción. II.- Hechos. III.- La ley de Defensa del Consumidor y su aplicación a las operaciones de compraventa inmobiliaria. IV.- La prescripción liberatoria en el régimen del consumidor y el orden público. V.- Conclusión.

I.- Introducción

El régimen del consumidor lentamente ha crecido en importancia, gracias al aporte de la doctrina especializada, pero en particular por la jurisprudencia quien, vale reconocerlo, ha tomado una posición *activa* en orden a encontrar la justicia del caso, parafraseando a Mosset Iturraspe. Por ello, institutos jurídicos clásicos como la compraventa, las acciones edilicias, la prescripción liberatoria, se han visto irrigadas con los nuevos bríos que la ley de defensa del consumidor N° 24.240 —en adelante, LDC— les ha otorgado a su configuración. Este es el caso que nos toca comentar.

II.- Hechos

II.1 *El caso*

Con fecha 17 de noviembre de 2010, la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictó sentencia en los autos “Mennah c. Fernández Sarcone²” revocando el fallo de primera instancia y en lógica consecuencia haciéndose lugar a la demanda promovida por la actora con fundamento en la *actio quanti minoris*.

Los hechos que pueden extraerse de sus considerandos fueron los siguientes: La actora adquirió, mediante escrituras públicas del 13 de enero y 9 de febrero de 2005, dos unidades funcionales (1 y 7) y una quintaava parte indivisa de la Unidad Complementaria I (cochera) correspondientes al edificio ubicado en José Pedro Varela N° 3068/70, Villa del Parque en Capital Federal, referidos al emprendimiento denominado “Terrazas del Parque”.

Conforme la publicidad realizada por el “Grupo Mega (Red Inmobiliaria)”, las unidades o departamentos poseían calidad constructiva y excelencia en su equipamiento, siendo su destino “el de vivienda y a estrenar”. Luego de perfeccionada la compraventa, la actora constató “humedades” en las mismas y que fueron acreditadas por un arquitecto de parte quien concluyó que “resultaba evidente una falla importante en la construcción y terminaciones de las aislaciones de todo tipo (de techo, de canaletas, bajas y verticales de mampostería) así como en el amurado de las aberturas externas. Luego de un intercambio epistolar, sin resultado positivo y en lo que nos importa, se promovió una acción estimatoria invocándose los arts. 1414, 2164 y siguientes del Cód. Civil.

Por su parte, la parte demandada al momento de responder la demanda negó la existencia de vicios redhibitorios y opuso la excepción de prescripción establecida por el art. 4041 del Cód. Civil. La sentencia de primera instancia acogió la excepción rechazándose la demanda.

II.2 *El fallo de Cámara. Encuadramiento en la ley 24.240*

¹ Publicado en *Doctrina Judicial*, Año XXVII N° 23, 8 de junio de 2011, págs. 9-21.

² CNCiv, sala F, 17/11/2010 in re “Mennah, Cristina L. c. Fernández Sarcone, Claudia A. y otros”, DJ on line.

Con el voto preopinante del juez Zannoni, al cual se adhirieron los vocales Galmarini y Posse Saguier, la sala F revocó la sentencia apelada en todas sus partes y acogió la acción estimatoria en la suma de \$46.917,45 por capital, con más los intereses legales e imponiéndose las costas en ambas instancias a la parte demandada.

Los argumentos que se utilizaron fueron: *a)* El caso está regido por la ley 24.240, en su redacción original, encuadrándose en el art. 1 inc. c); *b)* La parte demandada constituye una “sociedad accidental o en participación” que hizo construir el edificio a su costo para su venta, circunstancia reconocida en las escrituras públicas, la publicidad y por la codemandada Aída C. Sarcone; *c)* Resulta aplicable el régimen de vicios contenido en los arts. 11 y 18 de la LDC, y por ende la acción *quantum minoris* del art 17 inc. c) a favor del consumidor; *d)* Se aplica el plazo de prescripción del art. 50 de la LDC de tres años, que comienza a correr desde que fueron conocidos los vicios por la pericia extrajudicial encargada al arquitecto de parte; *e)* Si bien la aplicación de la LDC no fue invocada por las partes y fue “tímidamente” aludida por la actora en su memorial, debe aplicarse en virtud del principio *iura novit curia* y del carácter de orden público del régimen del consumidor.

El fallo anotado resulta extremadamente rico en consecuencias teóricas y prácticas, ya que brinda valoraciones substanciales en punto a los institutos jurídicos clásicos de la acción *quantum minoris* y de la prescripción liberatoria, engarzados en el nuevo esquema jurídico que propone el Derecho del Consumidor, especialmente para las operaciones de ventas inmobiliarias. Empero, a nuestro juicio, resulta por demás *trascendente* la aplicación que efectúa la Alzada de la ley de defensa del consumidor, alegando su carácter de orden público, a pesar de no haber sido invocada por las partes y con especial referencia al instituto de la prescripción liberatoria³; tópico que no ha sido profundizado aún por la doctrina⁴, y sobre el cual abundaremos luego.

III.- La Ley de Defensa del Consumidor y su aplicación a las operaciones de compraventa inmobiliaria

III.1 Relación de consumo

Desde un punto de vista metodológico, con especial referencia al régimen anterior a la modificación producida por la ley 26.361, habíamos sostenido⁵ como *iter* hermenéutico los pasos siguientes a los fines de determinar si una relación era o no de consumo: *a)* Primera cuestión: Contrato de consumo; *b)* Segunda cuestión: Encuadramiento del régimen. Consumidor y proveedor; *c)* Tercera cuestión: Naturaleza de la acción. Norma del consumidor aplicable; *d)* Cuarta cuestión: Interpretación en el marco de la LDC.

En primer lugar, ya en su redacción originaria y desde un punto de vista objetivo, la LDC en su art. 1 regulaba el contrato de consumo, a título oneroso y para el consumo final del consumidor, que incluía en su inc. c), la “*adquisición de inmuebles nuevos destinados a*

³ En sentido similar, aplicándose de oficio la LDC, puede verse CCivNeuquén, sala I, 12/08/2008 in re “Jofre, Jorge Armando c/Comasa S.A. y otro s/vicios redhibitorios”, LL Patagonia, 2008 (diciembre), 544, con nuestra nota: ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”.

⁴ En rigor, existe un antecedente doctrinario que sostiene la aplicación de oficio de la LDC. Ver, OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, LA LEY 2006-F, 1184.

⁵ Cfr., ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”, LL Patagonia, 2008 (diciembre), ps. 544-554, cap. IV) “Pautas hermenéuticas”; ARIAS CÁU, Esteban Javier, “El consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas: cláusula de prórroga de competencia”, 8/02/2010, sección doctrina, portal jurídico microjuris.com, MJD4513.

vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

El contrato de consumo es la causa de la relación jurídica trabada, entendiéndose por tal “aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o servicios profesional y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar los bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social, siendo indistinto su concreción o no, mediante condiciones generales⁶”. En el caso, por tanto, se perfeccionó un contrato de compraventa sobre unos departamentos, a título oneroso y para consumo final, destinados a vivienda. La oferta se realizó, según se explicita en el fallo, mediante oferta pública y dirigida a persona indeterminada, a través de un Grupo Mega, que intervino como intermediario. En la actual normativa del consumidor, la amplitud con que ha sido reformado el artículo primero, permite prescindir ya de gran parte de las restricciones que otrora eran impuestas a las operaciones inmobiliarias para la tutela de la LDC⁷; bastando hoy en día que sólo se configuren las notas distintivas de las figuras del consumidor y del proveedor.

En segundo lugar, corresponde indagar si se cumplían los requisitos legales establecidos para el consumidor y el proveedor. Con respecto al *consumidor* advertimos que el legislador nacional incluyó como consumidores tanto a las personas físicas como jurídicas, tomando una postura *amplia* en consonancia con el derecho comparado⁸ y con la propia legislación del MERCOSUR⁹, a pesar de las críticas que existieron en el seno del Congreso Nacional al discutirse su texto¹⁰. La característica fundamental consiste en que el consumidor contrate para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social, resultando a

⁶ WAJNTRAUB, Javier, *Protección jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su reglamentación*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 25 y sig.

⁷ Específicamente con relación al ámbito de aplicación del consumidor inmobiliario en la ley 26.361, remitimos a la obra de ARIZA, Ariel (Coordinador), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008. Para ver los requerimientos de la normativa anterior a la ley 26.361, recomendamos: LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 281 y sig.

⁸ Por ejemplo, la “Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias” de España, mediante Real Decreto Legislativo 1/2007 define al consumidor, en su art. 3º: “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. La Ley N° 19.496 de Chile, que data del año 1997, dispone en su art. 1º: “La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. Para los efectos de esta ley se entenderá por: 1.- Consumidores o usuarios: las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios. En ningún caso podrán ser considerados consumidores los que de acuerdo al número siguiente deban entenderse como proveedores”. El reciente “Código de protección y defensa del consumidor de Perú”, Ley N° 29.571 de 2010, en su art. IV. (Definiciones) “1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”.

⁹ El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, ley N° 8078, en su art. 2º prescribe: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Equipárese a consumidor, a las colectividades de personas que, aunque indeterminable, hayan intervenido en las relaciones de consumo”. La Ley Paraguaya de Defensa del Consumidor y del usuario N° 1334 del año 1998, en su art. 4º, dice: “A los efectos de la presente ley, se entenderá: a) Por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiriera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”. La Ley N° 17.189 de la República Oriental del Uruguay, en su art. 2º, dice: “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella”

¹⁰ Conf., *Antecedentes parlamentarios*, La Ley, Buenos Aires, 1995, págs. 6-122.

tales efectos sustancial el destino¹¹ que pensó darle al momento de perfeccionar el contrato. Por ello, se ha dicho con acierto, que el *consumidor* “es el sujeto de derecho que en ciertos contratos obtiene del proveedor (y excepcionalmente de otro consumidor), atribuciones con cierto destino¹²” y siendo el destino final del acto del consumo el “elemento determinante de la noción de consumo, que lo separa claramente de otros supuestos, referidos principalmente a la intermediación industrial o comercial¹³”.

En efecto, habíamos considerado para el régimen anterior, que el *consumidor inmobiliario* puede ser entendido como aquél 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 LDC¹⁴.

Con relación al *proveedor* de bienes y servicios, definido en el art. 2° de la LDC, en su redacción original, que rezaba: “Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

Se ha dicho, que la noción de proveedor se compone de dos elementos¹⁵: a) la realización de ciertas conductas típicas (producir, importar, distribuir o comercializar cosas o prestar servicios a consumidores o usuarios; b) la profesionalidad en la realización de esas conductas.

La redacción de la norma recuerda el art. 1° del Cód. de Comercio en cuanto define al comerciante¹⁶, especialmente, en los tópicos “en forma profesional” y “ocasionalmente”, siendo a nuestro entender la denominación correcta de *empresario*, ya sea individual o social. Por lo tanto, afirmamos que ambas normas son *complementarias*: “De manera tal que sólo los consumidores o usuarios definidos en el art. 1° se encuentran protegidos por esta ley y en tanto y en cuanto contraten con un proveedor de cosas o servicios, definidos en el art. 2°. Y a la inversa, si se presenta el segundo aspecto más no el primero, los proveedores de cosas o servicios no estarían alcanzados (obligados) por la misma¹⁷”.

No olvidemos que la operación inmobiliaria bajo estudio data del año 2005, es decir, se realizó con anterioridad a la sanción de la ley 26.361. Ya en aquel entonces, sostenía Farina

¹¹ Conf., LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, 4ª ed. (1997) Reimpresión, Zavallía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 139 nota 89.

¹² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., t. 1, pág. 136.

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, t. 1, pág. 152.

¹⁴ ARIAS CÁU, Esteban Javier, “El consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”, 6/10/2008, sección doctrina, portal jurídico microjuris.com, MJD4155.

¹⁵ Seguimos en la clasificación a MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano R., “La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La locación y la ley 24.240”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Locación de cosas inmuebles y equivalentes*, 2004-2, págs. 293-319, 297.

¹⁶ Por razones de espacio, remitimos al análisis que desarrolla LÓPEZ DE ZAVALÍA, en el cual sostiene: “Para el proveedor no se exige que los actos de provisión sean la profesión habitual. Basta con que sean, por así decirlo, la profesión ocasional, pues en esto consiste el actuar en forma profesional...” LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., t. 1, pág. 143 y sig.

¹⁷ MOEREMANS, Daniel E., *Contratación bancaria y ley de defensa de los consumidores (ley 24.240)*, LA LEY 1997-E, 1267: “Están incluidos en cambio, los contratos que celebren proveedores con consumidores y que tenga por objeto cosas usadas”.

que, la disposición debía ser correctamente encuadrada, exigiendo las notas de “proveedor” al vendedor del inmueble; siendo muy importante excluir de la aplicación de la norma a quien sólo vendía un inmueble, o no hacía de ello su actividad habitual. Asimismo, decía, en relación a la frase “ocasionalmente” del art. 2, que refería al supuesto de una oferta de venta de unidades de un complejo de viviendas, que se hace como consecuencia de haber construido o adquirido el edificio cuyas unidades ofrecía públicamente a la venta¹⁸. Estas ideas cobran fuerza toda vez que en el caso *sub examine*, las demandadas habían llevado adelante una sociedad accidental o en participación con el claro objeto de invertir fondos en la construcción del complejo habitacional, y de proceder a su venta. Es decir, podían ser consideradas como proveedoras ocasionales —y de hecho, lo fueron— en el régimen del derecho del consumidor.

Así las cosas, primeramente, se colige que la actora —persona física— adquirió una cosa inmueble como destinatario final a una sociedad accidental, que se constituyó a los fines de la construcción del edificio de departamentos, configurándose por tanto los dos términos de la relación de consumo: *consumidor* y *proveedor*. El tribunal, además, hace hincapié en la oferta pública que se hizo de esas unidades funcionales, la que se acredita mediante folletería agregada en el expediente y, finalmente, en consonancia con las ideas expuestas anteriormente, sostiene que las demandadas asumieron el rol de “proveedoras”, razonamiento que estimamos correcto.

III.2 Naturaleza de la acción. La acción *quanti minoris* o *estimatoria*

Según surge del fallo, la actora invoca por el artículo 2164 del Cód. Civ., específicamente en el ejercicio de la acción *quanti minoris*, que tiene por objeto “pedir que se baje de lo dado el menor valor de la cosa¹⁹” y que se encuentra regulada en su art. 2174.

Para su procedencia deben verificarse los requisitos propios de la acción redhibitoria, que pueden esquematizarse de la siguiente manera²⁰: *a)* Debe tratarse de un vicio *material* en la cosa en sí misma; *b)* Existente al tiempo del negocio; *c)* El negocio debe ser de transmisión a título oneroso; *d)* Debe estar oculto; *e)* Debe ser grave; *f)* El adquirente debe haberlo ignorado; *g)* No debe haber pacto expreso de irresponsabilidad por vicios redhibitorios.

En primer lugar, 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 o jurídico, siendo ambas especies de la garantía de saneamiento. En segundo lugar, en cuanto al *tiempo* del vicio debe existir como regla²¹ al momento del negocio —o en rigor de la adquisición (art. 2168²²)— que debe ser entendido cuando se hizo la *tradición* de la cosa (arg. art. 577, del Cód. Civil) y no cuando se celebró o se perfeccionó el contrato, aplicándose la teoría del título y del modo²³. Aquí

¹⁸ FARINA, Juan, M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995. pág. 63.

¹⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., t. 1, pág. 795

²⁰ Recientemente hemos esbozado sus notas características en ARIAS CÁU, Esteban Javier, “La responsabilidad en materia de vicios redhibitorios: resarcimiento extrapatrimonial en la acción *quanti minoris*”, 7/07/2010, sección doctrina, portal jurídico microjuris.com, MJD4155.

²¹ Decimos como regla toda vez que por excepción “puede ser posterior a la transmisión del riesgo de la cosa, como ocurre en el contrato de locación (art. 1525), o hacer eclosión ese vicio o defecto después de la tradición pero reconociendo su causa adecuada en una etapa anterior o coetánea...” Conf., SPOTA, Alberto G. – LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. (Actualizador), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, 2ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, pág. 971.

²² En la nota VÉLEZ SARFIELD agrega, sin embargo, que sigue la opinión de TROPLONG, en materia probatoria “que el adquirente, que es el demandante, debe probar la existencia del vicio en el momento de la adquisición”.

²³ Pueden verse las distintas hipótesis en LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., t. 1, pág. 789 y sig.

corresponde distinguir entre cosas ciertas y cosas *in genere*. En el primer caso, se aplica la redhibición en sentido estricto; en cambio, en el segundo caso, es susceptible de acumularse una acción de cumplimiento. En tercer lugar, se advierte que el contrato debe ser *oneroso* toda vez que las acciones redhibitorias no “comprenden a los adquirentes a título gratuito” (art. 2165, Cód. Civil), con excepción de la donación en virtud de la aplicación extensiva que prescribe el art. 2180. En cuarto lugar, un carácter sustancial de la especie en estudio estriba en que debe estar *oculto*, por oposición a aparente²⁴ (art. 2173) o visible, circunstancia de hecho que deberá determinarse en cada caso. Sin embargo la cuestión no es tan sencilla, existiendo opiniones encontradas en los autores²⁵. Por nuestra parte, con López de Zavalía, consideramos que el carácter de oculto o aparente debe ser *a priori* “prescindiendo de un determinado y concreto adquirente, pero teniendo en vista la cosa de que se trata y la práctica seguida en la vida de los negocios²⁶”. En quinto lugar, el vicio de la cosa debe ser *grave*²⁷ en el sentido que la desnaturalice o haga impropia para su destino. Esta circunstancia implica un juicio *objetivo/ subjetivo* porque se tiene en cuenta la naturaleza o esencia de la cosa y “el destino o uso que le iba a dar el adquirente concreto²⁸”, siempre y cuando el enajenante hubiera tenido conocimiento del mismo. Empero, una vez más y siendo coherentes con lo ya expresado, hay que tener en mira al adquirente medio²⁹ para determinar si un vicio reviste o no la gravedad suficiente para calificarlo de redhibitorio. En sexto lugar, el adquirente debe *ignorar*lo, es decir, carecer de *conocimiento* del defecto y actuar de buena fe, lo que nos lleva al tema del error³⁰. Ahora bien, la redhibición no procede cuando no hubo error pero sí conocimiento del vicio (arg. art. 2170) porque el enajenante lo declaró (art. 2169, *a contrario*). O en aquel caso, que hubo error pero éste no resulta invocable por el adquirente porque debía conocerlo por “su profesión u oficio” (art. 2170).

Por último, si bien no es técnicamente un requisito, pensamos que no debe soslayarse una circunstancia que engloba a toda la noción desarrollada y consiste en que el vicio redhibitorio es una cláusula *natural* del contrato que la ley —en el caso, el Código Civil— inserta *supletoriamente* en el plexo contractual ante el silencio de las partes (art. 2173); sin embargo, esta garantía puede convertirse en *accidental*, si las partes modifican la ley, ya sea

²⁴ CNCiv, sala M, 7/09/2007 in re “Consorcio Capdevila 2850/67 c. Construcciones de Viviendas para la Armada (COVIARA) y otros”, DJ 2008-I, 844, con nota de Alejandro BORDA. Según MOSSET ITURRASPE el vicio aparente es “aquel que puede ser advertido, por ser visible o reconocible, por quien ejerce una profesión u oficio (art. 2170, Cód. Civ.)”. Cfr., MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, pág. 487.

²⁵ Las tres opiniones pueden esquematizarse del siguiente modo: a) El vicio es aparente cuando es percibido por el adquirente, aunque sea valiéndose de la opinión o asesoramiento de terceros; b) El vicio es oculto cuando no puede ser percibido por el adquirente concreto, en virtud de sus condiciones personales; c) El vicio es aparente u oculto a priori, teniendo en cuenta la cosa que se trata, siendo la imagen el adquirente tipo o medio. Ampliar en CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), *Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, pág. 47. Comentario al art. 2164, donde incluye los autores que sostienen cada posición doctrinaria.

²⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., t. 1, pág. 786, cuando explicita: “Es a la imagen del adquirente medio, al tipo y oportunidad de examen que él verifica que hay que recurrir, y sólo se tendrá en cuenta la visión de un perito, cuando por la naturaleza de la operación fuera de esperar que el adquirente se hiciera asesorar por terceros, como acontecería si hubiera una complejidad técnica en la cosa o se tratara de una operación de gran envergadura”.

²⁷ Para WAYAR, los requisitos son: a) Debe tratarse de vicios ocultos; b) Deben ser graves; c) De causa anterior o concomitante al acto de transmisión; d) Desconocidos por el adquirente. Cfr., WAYAR, Ernesto C., *Evicción y vicios redhibitorios*, Astrea, Buenos Aires, 1992, t. 2, pág. 137.

²⁸ Conf., CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), *Código Civil...*, cit., t. III, pág. 48.

²⁹ Conf., LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos...*, cit., t. 1, pág. 788.

³⁰ CNCom, sala D, 23/08/2007 in re “Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro”, La Ley 2007-F, 55-60.

por exceso o bien por defecto, con fundamento en la autonomía privada. 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 nulas³¹”.

Tratándose la cuestión de una compraventa inmobiliaria, y a la luz de los problemas ventilados en el debate, aparece con claridad la procedencia de la acción “*quanti minoris*”, incluso dentro del mismo esquema clásico que le imprimió Vélez Sársfield.

Ahora bien, el aporte de la LDC a este asunto es apreciable. De modo preliminar, el capítulo IV, referente a las garantías³² —y más allá que refieran a cosas muebles³³— opera una tutela más amplia. Sin lugar a dudas, la diferencia de régimen más relevante es la siguiente: *las garantías se deben aunque los vicios hayan sido ostensibles o manifiestos* (art. 11, LDC³⁴). De todas maneras, sin olvidar que dicho capítulo se refiere a cosas muebles, creemos que sienta principios generalizables; y por esa vía, resulta posible *aggiornar* el sistema decimonónico de vicios redhibitorios y por ende la acción estimatoria.

De modo reciente, hemos definido la noción de “vicio” contenida en la LDC, afirmando que “*existe vicio o defecto, ya sea ostensible u oculto, al momento de perfeccionarse la relación o contrato de consumo, en los bienes o servicios que adquiera o utilice el consumidor o usuario, ya sea a título gratuito u oneroso, cuando se afecte la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento, conociéndolo o no, posibilitándose a aquel exigir el cumplimiento en especie de la obligación, aceptar otro bien equivalente o bien rescindir el vínculo jurídico, incluyéndose siempre la acción de daños por responsabilidad integral que corresponda*³⁵”.

Sin embargo, a poco que nos adentramos en la lectura del fallo, se comprende que la situación planteada cuadraba perfectamente en las previsiones del Código Civil, pues los vicios eran verdaderamente *ocultos*, y aparentemente desconocidos por la actora. Quizás, entonces, resulta comprensible que la actora no haya querido ingresar en el debate sobre la aplicabilidad de la LDC al caso. El problema ocurrió al momento en el cual la demandada opuso la excepción de prescripción liberatoria y con el exiguo plazo legislado en el Cód. Civil, como lo veremos en seguida.

³¹ Conf., CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), *Código Civil...*, cit., t. III, pág. 52. En idéntico sentido, ver: SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1980, Vol. IV, pág. 211.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, 1° ed., cit., pág. 289 y sig.

³³ Mucho se ha lamentado la doctrina por esta circunscripción sólo a las cosas muebles. Por todos: SAGARNA, Fernando, en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 172.

³⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del Micro al Macro sistema y viceversa. El Diálogo de las fuentes”, RDPyC, 2009-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 28. Dice el citado autor: “Es la solución justa, que se impone con base a una visión realista del mercado, no meramente teórica o imaginada. El consumidor, al menos como regla, sin experiencia ni conocimientos sobre los bienes que adquiere, no puede ser “sorprendido” con la puesta a la venta de bienes defectuosos. Ello no es imaginable en los tiempos actuales, y ante empresarios o comerciantes honestos”. Luego el autor insiste en la importancia del valor “confianza” en las transacciones y particularmente de la confianza que deposita la parte más vulnerable en la operación de consumo.

³⁵ Por razones de espacio, remitimos a ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Estudio comparativo en torno a la responsabilidad en materia de vicios (Derecho Civil vs. Derecho del consumidor)”, en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. (dir.), *Responsabilidad Civil. Homenaje al Profesor Doctor René A. Padilla*, La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 151-168, en el cual encontramos nueve diferencias entre el régimen civil y el consumerista.

IV.- La prescripción liberatoria en el régimen del consumidor y el orden público

IV.1 De la prescripción del consumo.

El plazo que otorga el Código Civil para el ejercicio de la acción estimatoria es de tan sólo tres meses desde que son conocidos los vicios, plazo insignificante si los hay, con la dificultad que conlleva, además, determinar la carga probatoria del *dies a quo*³⁶. Creemos que éste es el punto neurálgico por el que conviene aplicar un plazo mayor, para evitar la aplicación a partir de la fecha del acto jurídico oneroso que conlleva la garantía, sin la necesidad de sopesar cuándo pudieron haberse hecho “aparentes” los vicios “ocultos”.

Así las cosas, resulta la prescripción liberatoria una de las mejores defensas contra el ejercicio de este tipo de acciones. Sin embargo, en virtud del encuadramiento fáctico inferido del caso, se concluye en la aplicación del régimen del consumidor, invocando el sentenciante el principio *iura novit curia*, porque las partes omitieron fundar y responder con sustento en la LDC. En consecuencia, sin duda alguna resultaba aplicable al caso el art. 50 de la LDC —en su redacción originaria— que dispone un plazo ordinario de tres años para las acciones que se apoyen en el régimen del consumidor.

La norma citada, en comparación con el Cód. Civil, amplía considerablemente el plazo de ejercicio de la acción, sin efectuar mayores distinciones entre las múltiples acciones que pueden fundarse en la relación de consumo. Sin embargo, no era éste el criterio imperante antes de la ley 26.361 que reformó el artículo 50 de la LDC. Así, en el caso “Sanz, Sonia c. Del Plata Propiedades S. A. y otro”, la sala I de la Cámara Nacional en lo Civil había resuelto no aplicar el término de prescripción de la LDC, sosteniendo que en materia inmobiliaria, la protección consumerista era restringida, y el artículo antedicho debía ser interpretado *restrictivamente* para aquellas acciones reguladas por la LDC, no siendo extensible, en el caso, a la de los vicios redhibitorios, discernimiento que fuera entonces muy criticado por la doctrina³⁷. Con la redacción actual de la norma, no obstante, queda claro que el plazo de prescripción de la LDC puede ser aplicado a acciones, que no estando específicamente regladas en dicha normativa, igualmente confluyen a regular una relación de consumo³⁸.

IV.2 La aplicación de oficio de la LDC. Clases de orden público. Especies.

Quizás, uno de los aspectos más interesantes de este caso sea que, sin haber prácticamente mencionado el actor la aplicabilidad de la LDC, la Cámara alega su carácter de ley de orden público —art. 65 LDC— y la aplica al caso, para rechazar así la defensa de prescripción liberatoria opuesta por la parte accionada. Sucede que la LDC no es un régimen jurídico en relación al cual las partes puedan *optar*, como por ejemplo cuando el Código Civil permite accionar por distintas vías —por ejemplo, por responsabilidad contractual o extracontractual, presentados los supuestos del 1107—; todo lo contrario, una vez que se verifican los elementos propios de la relación de consumo, el régimen legal de la LDC ha de aplicarse íntegramente, hecha la salvedad, que no terminen perjudicando al consumidor frente al régimen tradicional (regla del art. 3° LDC).

³⁶ En este sentido, sostiene LÓPEZ HERRERA, el *dies a quo* debe computarse primeramente desde la entrega de la cosa. Pasados los tres meses, corre a cargo del adquirente la prueba del momento en que los vicios se hicieron aparentes. LÓPEZ HERRERA, Edgardo (director), *Tratado de la Prescripción Liberatoria*, 1ª ed. Reimpresión, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, t. II, pág. 739.

³⁷ FRUSTAGLI, Sandra A., “Contrato de consumo y Prescripción de la acción por vicios redhibitorios”, JA 2004-II-757.

³⁸ Por razones de espacio, remitimos a nuestro trabajo ARIAS CÁU, Esteban J., “La prescripción liberatoria del consumo (a la luz de la ley 26.361)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley*, Buenos Aires, 2009 (agosto), año XI, N° 8, ps. 30-64.

Se trata del principio contenido en el artículo 21 del Código Civil, o del orden público. Encontramos un orden público clásico y otro moderno. En la primera posición, “se denomina *orden público* al conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos— a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida³⁹”.

El criterio *moderno*, por su parte, además de invalidar una conducta jurídica contraria a sus preceptos, le incorpora la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente. Es decir, puede considerarse de un contenido *negativo y positivo* a la vez. Es conocido como *orden público económico*⁴⁰. Atilio Alterini admite dos subespecies: un orden público de *protección* y otro de *dirección*. El primero tiende a “resguardar a una de las partes y particularmente al equilibrio interno del contrato⁴¹”, incorporándose precauciones legislativas que tienden a confirmar la libertad de conclusión y de configuración. Es decir, que está destinado a la “defensa y protección de la población que, en general, pueda sufrir los efectos de la desigualdad y subordinación económica⁴²”. El segundo, en el cual los “poderes públicos se proponen realizar ciertos objetivos económicos a cuyo fin, en algunos casos, los actos privados quedan sujetos a autorizaciones estatales⁴³” o bien se fijan las “reglas esenciales de la economía en general⁴⁴”.

En nuestro caso, no existe duda alguna que el legislador ha teñido del criterio moderno al régimen del consumidor, y en particular, a la propia LDC. Por último, Noemí Nicolau esquematiza que la intervención del Estado, ya sea mediante el orden público de protección o de dirección, puede expresarse normativamente como orden público *textual o virtual*⁴⁵. En el primer caso, será *textual* cuando sea la propia ley que establezca que sus normas son imperativas (ley 14.005, art. 14; ley 23.091, art. 29; ley 23.928, art. 13; ley 24.240, art. 65). En el segundo caso, será *virtual* cuando la naturaleza de orden público de la ley sea inferida

³⁹ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 20ª ed., LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 139. Comparte esta posición Salvat, quien sostuvo que la noción de orden público “resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida; por ejemplo, la separación de los distintos poderes que ejercen el gobierno, la libertad individual, la propiedad, etc. “. Cfr., SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, TEA, Buenos Aires, 1931, pág. 129.

⁴⁰ Esta es una de las facetas en las cuales podemos encontrar una concreción de la noción moderna del orden público, pero no es la única. Con razón se ha dicho que hay “un riesgo en la doctrina de visualizar la presencia de aquel orden público exclusivamente en el campo económico, pues si bien es cierto que es en ese ámbito donde de un modo más viables y activo se verifica aquella situación, no debe olvidarse la necesaria proyección que cabe reconocerle en lo social, lo político y lo cultural”. Cfr., VIGO, Rodolfo L., “Orden público y orden público jurídico”, en *Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 198.

⁴¹ ALTERINI, Atilio A., “Los contratos de consumo”, LL, 1993-E, 1058-1071, 1063.

⁴² Cfr., NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, pág. 246. Brinda como ejemplo la propia ley 24.240 de defensa de los consumidores. En el derecho comparado, aquellas legislaciones en materia de condiciones generales de la contratación. Así, en Alemania, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o AGBG del 1 de abril de 1977; en Portugal el decreto-ley 446/85 que regula las condiciones generales de la contratación. Por último, la Directiva 93/13/CEE de la Comunidad Económica Europea, actual Unión Europea, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁴³ ALTERINI, Atilio A., “Los contratos de consumo”, LL, 1993-E, 1058-1071, 1063.

⁴⁴ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos...*, cit., t. I, pág. 246.

⁴⁵ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 246. Luego aclara: “En principio, y como buena técnica legislativa, debería ser el legislador quien caracterice siempre la norma como de orden público, pero aun así, el juez debe tener facultades para la interpretación extensiva o restrictiva del orden público atribuido a ella”.

de su contenido, aunque la norma legal no la exprese (ej. art. 1505, CCiv.)

Como corolario de todo lo expuesto, surge la posibilidad de aplicar de oficio el régimen legal de la LDC, que debe efectuarse en una serie de supuestos, tales como el régimen objetivo de responsabilidad, o bien en materia de prescripción⁴⁶. Dicho sea de paso, nunca está de más recordar que la prescripción liberatoria es en sus fundamentos una institución de orden público, que persigue un mínimo de seguridad jurídica al evitar un ejercicio totalmente ilimitado de los derechos en el tiempo⁴⁷.

Siguiendo el criterio ya fijado en otra oportunidad, “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*⁴⁸, con fundamento en que su normativa no es materia disponible por los particulares, en virtud del art. 65 de la ley⁴⁹”.

V.- Conclusión

Con la reforma de la ley 26.361 al texto de la 24.240, el régimen tuitivo de los consumidores se amplía notablemente, facilitando el encuadre de las operaciones inmobiliarias en sus previsiones. Sin embargo, y aún cuando siga existiendo cierta orientación a la tutela de operaciones sobre cosas muebles —por ejemplo en materia de garantías— es posible aplicar los principios de la LDC a las ventas inmobiliarias bajo oferta pública, cuando los vendedores reúnen las características propias del “proveedor” y el adquirente las del “consumidor”. Estas notas se verificaban todas en el caso propuesto, aún cuando no había sido debidamente invocada la LDC por la actora; y de ahí el aspecto más relevante de la decisión, aplicar de oficio el régimen legal de los consumidores invocando su carácter de “orden público”. Esta concepción trajo aparejada una importante consecuencia práctica, pues el exiguo plazo para ejercer la acción estimatoria que surge del Código Civil, se termina ampliando de tres meses a tres años. A dicha solución contribuyó la nueva redacción del art. 50 de la LDC, que permite inferir su extensión para acciones reguladas en otros cuerpos legales, pero que vienen a confluir en la regulación legal de la relación de consumo.

En suma, una aplicación concreta del régimen del consumidor, por un magistrado activo y que sienta la buena doctrina.

⁴⁶ SÁENZ, Luis R.J., en en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 770.

⁴⁷ LÓPEZ HERRERA, Edgardo (director), *Tratado...*, cit., t. I, pág. 23 y sig.

⁴⁸ Conf., OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”, LA LEY 2006-F, 1184; ídem, *Responsabilidad Civil - Doctrinas Esenciales*, t. III, 525.

⁴⁹ ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”, LL Patagonia, 2008 (diciembre), ps. 544-554, cap. IV) “Pautas hermenéuticas”.