

LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR EN LA COMPRAVENTA DE AUTOMOTORES Y LOS VICIOS EN EL RÉGIMEN DEL CONSUMIDOR

por ESTEBAN JAVIER ARIAS CÁU (*)

Sumario: I.- Introducción. II.- Del contrato de compraventa y los vicios. III.- Análisis jurisprudencial. Clasificación de los casos. IV.- Nuestra posición. V.- Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

Debemos confesar que esta vez la elección del tema fue compleja porque debía cumplir con las premisas de las Jornadas cuyo motivo es la responsabilidad civil; y al mismo tiempo, ser un tema interesante y convocante: *es decir práctico*. Allí fue cuando reparamos en un artículo de Julián Jalil titulado “Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor¹” que analiza una temática que reúne —a nuestro juicio— los dos requisitos mencionados. Empero, a diferencia de otras oportunidades, el método de elaboración comenzó por coleccionar decisiones judiciales, tanto locales como nacionales, sobre los vicios del consumidor automotor para luego confrontar si existe o no una línea jurisprudencial consolidada. A partir de allí, comparar los fallos con la teoría construida por los autores y comentaristas de la ley de defensa del consumidor o LDC (Ley 24.240) y, por último, elaborar algunas conclusiones.

Se advierte, por tanto, que el *método* elegido fue inductivo-deductivo, es decir partir de los hechos o casos hasta arribar a los principios para luego volver a los casos concretos. Para la exposición, en cambio, el método será el inverso ya que comenzaremos por las normas aplicables y luego utilizaremos la clasificación de los fallos reunidos, para comparar su razonabilidad o justicia.

Por ello, el presente trabajo tendrá dos partes perfectamente diferenciadas: La primera *teórica* en la cual indagaremos los conceptos del contrato de compraventa, con especial vinculación a los automotores, dentro de la relación de consumo; y el análisis de los requisitos del vicio, tanto en el derecho civil como en el ámbito del consumidor. La segunda parte será *práctica*, en virtud de la naturaleza bifronte del derecho como *saber práctico*, en la cual utilizaremos como banco de pruebas la jurisprudencia colectada.

Por último, mencionaré mi opinión sobre la interpretación de los vicios en el régimen del consumidor especialmente en materia de cuantificación.

II.- DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y LOS VICIOS

II.1 *La compraventa de automotores como relación de consumo*

La relación de consumo, como especie de la relación jurídica, debe tener los elementos de aquella, es decir, *sujeto, objeto y causa*. En particular, desde el ámbito subjetivo, los *sujetos* de la

(*) Sobre la base de la disertación brindada en el marco de las “Jornadas de Responsabilidad Civil – Homenaje al Profesor Doctor Luis Moisset de Espanés”, realizadas entre los días 14 y 15 de agosto de 2014 en el Colegio de Abogados y Procuradores de Jujuy, organizadas por el Instituto de Derecho Civil del citado colegio y la sede Jujuy del Instituto Noroeste, perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ JALIL, Julián E., “Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, págs. 507-547. Compartimos en general sus apreciaciones y conclusiones, pero disintimos en algunas opiniones concretas, como se verá de la lectura del texto.

relación de consumo son el *proveedor* de bienes y servicios por una parte, y el consumidor o usuario como el otro término de la relación. Aquí podríamos realizar un distingo entre el *consumidor* y el usuario, ya que el primero es quien consume el bien o servicio perfeccionando el contrato de consumo; mientras que el segundo puede ser quien utiliza dicho bien o servicio como destinatario final pero que no perfecciona el contrato, o bien es aquel que utiliza los denominados servicios públicos domiciliarios. Pero, en la práctica, se les aplica el mismo régimen por lo cual el distingo es meramente semántico.

Ambos términos, sin embargo, han sufrido modificaciones legislativas en su configuración, pero en la actualidad existe un consenso en la doctrina en torno a su concepto.

Desde el punto de vista *objetivo*, en una primera redacción de la LDC, se incluyó dentro de su ámbito de aplicación la adquisición o locación de cosas muebles, la prestación de servicios y la adquisición de inmuebles nuevos. Con la modificación producida por ley 26.361, se amplificó dicho campo de actuación, incluyéndose también a los inmuebles y a los contratos celebrados a título gratuito, incluso sobre cosas usadas.

Corresponde advertir que el vocablo *adquisición* al igual que la noción de consumidor tiene una connotación más económica que jurídica, por lo cual no debe interpretarse de un modo restringido y además pone el acento en la *acción de adquirir o consumir* más que en el acto jurídico de consumo, asimilable al contrato. En tal sentido, jurídicamente, hay “adquisición cuando, en virtud de un título o causa legítima, un derecho se incorpora al patrimonio de una persona, que se convierte, a partir de ese momento, en su nuevo titular. Desde ese instante, el titular del derecho adquirido ostenta la facultad de disposición de uso o goce sobre la cosa, o la facultad de ser beneficiario de un servicio que otra persona debe prestarle²”. Sin embargo, por lo general, estarán incluidos los “productos alimenticios, bienes suntuarios, indumentaria, mobiliario, etc.³”.

De ello se colige que un automotor u otro producto asimilable, en tanto cosa mueble no consumible, perfectamente puede ser objeto de un contrato de consumo. Una particularidad de toda esta temática estriba en que no interesa el monto del producto para ingresar o no al régimen protectorio. Es decir, no reviste interés la clasificación que hace la doctrina entre micro contrato o macro contrato, según sea el monto de la operación jurídica económica de que se trate. Tanto será contrato de consumo la adquisición de un producto en un supermercado como de un departamento o un automóvil.

Pues bien, una de las fuentes de la relación de consumo es, precisamente, el contrato de *consumo* que se perfecciona cuando hay sujetos (consumidor, proveedor), objeto y causa de consumo, dentro de una *relación de consumo* y se rige por la LDC. En esta categoría, puede ser celebrado o no por adhesión a condiciones generales de la contratación, siendo más intensa la protección del orden público de protección. Con un sentido más minucioso, se ha dicho que “contrato de consumo es el celebrado a título oneroso o gratuito entre un consumidor final —persona física o jurídica—, con una persona física o jurídica que actúa profesionalmente, aún en

² WAYAR, Ernesto C., *Tarjeta de crédito y defensa del consumidor. Relaciones entre usuario, emisor y comercio adherido*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 57, luego aclara que se trata de una “adquisición *derivativa*, en el sentido de que presupone la celebración anterior de un contrato que le sirve de causa”. En nuestro caso, el contrato que le antecede es el contrato de consumo.

³ Conf., WAJNTRAUB, Javier, *Protección jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su reglamentación*, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, pág. 27.

forma ocasional y que tenga por objeto la adquisición de bienes o servicios por parte del primero, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar y social⁴”.

En nuestro concepto, por lo tanto, serán *contratos de consumo* aquellos en los cuales una de las partes sea un consumidor o usuario y la otra un proveedor, que tenga por objeto la adquisición de un bien o la prestación de un servicio, teniendo como destinatario final al consumidor, para su beneficio propio, o de su grupo familiar o social.

Un aspecto del contrato de consumo y que corresponde resaltar, es aquel conocido como *principio de confianza* que tiene una estrecha relación con la publicidad, medio al cual recurren los empresarios para ofrecer sus productos y captar la atención del consumidor. Como bien se ha dicho, la *actividad de los empresarios* “a través de la publicidad y las prácticas comerciales crean en el consumidor expectativas legítimas que serán depositadas en el vínculo contractual, más específicamente en la prestación dirigidas a su adecuación a fin que razonablemente se procura, al *estándar de calidad* que se espera, a la seguridad de los productos o servicios colocados en el mercado⁵”.

A modo de conclusión, el contrato de consumo se encuentra inmerso en un mercado de bienes y servicios, perfeccionándose entre un consumidor y un proveedor, y estará regido por el régimen tuitivo. Empero, este mercado no es perfecto sino que tiene deficiencias ocasionadas jurídicamente porque los códigos decimonónicos (Código Civil y Código de Comercio) han sido pensados y diseñados para otro tipo de sociedad, en la cual los principios de igualdad y libertad jurídicas presuponen una contratación entre iguales. En cambio, nosotros nos movemos en una *sociedad de consumo*, como bien la define Bauman, en la cual el fundamento del derecho del consumidor es el desequilibrio que existe entre el proveedor y el propio consumidor.

Precisamente, son las propias fallas del mercado que ocasionan la denominada *hiposuficiencia* del consumidor, en sus aspectos jurídicos, económicos y técnicos, especialmente en materia del deber de información⁶, intentan ser subsanadas con el régimen protectorio⁷. Por ello, en las Conclusiones de las “XXIII Jornadas de Derecho Civil” se determinó, por unanimidad, lo siguiente: “La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de

⁴ ROSSI, Jorge O., “Derecho del consumidor: ámbito de aplicación, documento de venta y garantía legal, a la luz de la reforma de la ley 26.361”, en ARIZA, Ariel (Coordinador), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, pág. 21 y sig.

⁵ ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 56: “El principio de confianza, impregnado de un fuerte cariz protectorio, se orienta a garantizarle al consumidor la concreción de todo aquello de manera imperativa”.

⁶ En contra: PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 202, quien opina: “En efecto, hoy día el acceso a Internet cambia bastante las cosas y, así, también es frecuente la figura del consumidor perfectamente informado sobre lo que le interesa; muchas veces, aun más que los propios vendedores de las grandes cadenas de distribución donde adquieren productos o determinados servicios”.

⁷ Conf., JALIL, Julián E., “Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, pág. 510, quien afirma: “Uno de los elementos reveladores para denotar el carácter de consumidor en una compraventa de automotores lo constituye el hecho de que ambas partes se encuentren en una asimetría de intercambio o en disparidad negociadora”.

consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio⁸”.

Luego de esta introducción sobre el régimen del consumidor, corresponde ahora indagar en torno a la compraventa, como contrato de consumo. De modo preliminar, debemos definir que se entiende por compraventa en general. Así, López de Zavalía brinda su *propia* definición afirmando que: “la compraventa es el contrato por el cual una de las partes, con el fin de transferir o constituir un derecho real, se obliga a dar una cosa a la otra, y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto en dinero⁹”.

En consecuencia, para nosotros, el *contrato de compraventa de automotores* como contrato de consumo es aquél vínculo jurídico que se perfecciona entre un proveedor (fabricante, concesionaria o vendedor minorista) y un consumidor mediante el cual el primero se obliga a dar un automóvil u otro objeto similar y el segundo se obliga a pagar un precio, ya se trate de dinero de contado o bien mediante algún sistema conexo de crédito (ej. plan de ahorro previo; prenda con registro), y que tiene como destinatario final al propio consumidor o a su grupo familiar o social.

Por último, un tema que todavía no ha sido desarrollado por la doctrina pero que tiene utilidad en materia de automotores o de motocicletas, es el denominado *permuta con saldo*. En efecto, en la compraventa se compra una cosa y se paga un precio en dinero como contraprestación; en cambio, en la permuta se adquiere una cosa entregando otra, es decir, no hay —en principio— dinero de por medio (art. 1485 Cód. Civil), y por ende no existiría afinidad entre un contrato y el otro. Sin embargo, tienen puntos de contacto en aquellos casos en que se entrega una cosa y se recibe otra además de dinero (por ejemplo, en el mercado de automotores), denominándosela “permuta con saldo”.

Puede tener algún tipo de interés actual la denominada *permuta de consumo*, es decir cuando la operación jurídica queda encuadrada bajo el régimen del consumidor (ley 24.240), especialmente en aquellos supuestos de permuta con saldo, cuando el contrato se perfeccione entre un proveedor y un consumidor, puesto que —necesariamente— deberán aplicarse sus postulados y principios.

II.2 *Los requisitos de los vicios: Código Civil vs. Derecho de defensa del consumidor. Nuestra opinión*

Con respecto a la noción de vicios redhibitorios o defectos en general resulta útil el denominado *diálogo de las fuentes*, ente los códigos los códigos de fondo y el régimen del consumidor porque permiten partir de conceptos ya consolidados por la doctrina y al mismo tiempo verificar las diferencias. Veamos:

De modo previo, siguiendo un constante consejo de Moisset de Espanés, debemos recurrir al diccionario para indagar en torno al significado de los términos. En nuestro caso, el vocablo vicio deriva del latín *vitium* que significa “defecto o falta de algo”. Por su parte, el vocablo redhibitorio procede del latín *redhibitorius*, derivado del verbo “redhibere (devolver, hacer tomar), formado por

⁸ Conclusiones de las “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Comisión Derecho del Consumidor, Tucumán, 2011, punto 1.

⁹ Cfr., LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, 3ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 2000, t. 2, pág. 9 y sig.

el prefijo *red* (variante de *re*, de nuevo y otra vez) y *habere* (tener)¹⁰”. Parafraseando a Ulpiano, por tanto, decimos que redhibir “es hacer que el vendedor tenga por segunda vez lo que había tenido; y porque esto se hacía volviéndolo, se llamó redhibición, que es lo mismo que volver”, o de-volver la cosa, agregamos nosotros.

Para la doctrina civil, en cambio, se llaman *vicios* redhibitorios a “los defectos ocultos de la cosa que existen al tiempo de la adquisición y cuya importancia es tal que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido o habría dado menos por ella¹¹”. Desde otro lado, se ha dicho que son vicios redhibitorios “los defectos ocultos importantes de la cosa existentes al momento de su enajenación a título oneroso que, de haberlos conocido a la celebración del contrato, hubieran incidido evitándola o estableciendo un precio menor¹²”.

Por su parte, el art. 2164 del Cód. Civil nos brinda una definición¹³ legal prescribiendo 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 habría dado menos por ella”.

Para Nicolau la norma transcripta refleja una *noción abstracta* o conceptual del vicio redhibitorio “que se construye a partir de dos elementos: que exista un defecto en la cosa y que ese defecto la haga impropia para su destino o disminuya el uso de ella¹⁴”. El Codificador ha seguido una vez más al *Esboco* de Freitas¹⁵, para quien los vicios redhibitorios en general eran “los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce, se ha transmitido por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición: 1°) Si la hicieren inútil para el uso o goce a que fue destinada; 2°) Si de tal modo disminuyeren ese uso o goce que, a haberlos conocido el adquirente, no la hubiera adquirido, o hubiera dado menos por ella¹⁶”.

II.2.1 De los requisitos. Análisis

¹⁰ Conf., SOLIGO SCHULER, Nicolás A., *Etimologías de Derecho Civil, 1ª edición*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004, pág. 85, quien agrega que el uso jurídico, según la etimología de la palabra, significa “al deshacer o redhibir el comprador el contrato por la aparición de un defecto oculto, el vendedor literalmente *vuelve a tener* la cosa entregada, con la consecuente devolución del precio...”

¹¹ BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 225: “Todo el que transfiere el dominio de una cosa a otra persona por título oneroso debe garantía por ellos”.

¹² Conf., CALDERÓN, Maximiliano R., “Garantía por defectos de hecho (vicios redhibitorios)” en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 292.

¹³ Siempre se recuerda la nota de VÉLEZ SARFIELD al art. 495 del Cód. Civil para sustentar la inconveniencia de introducir definiciones en una ley. Sin embargo, bien leída ésta, es el propio Codificador quien se ocupa, luego, de señalar que pueden *admitirse* éstas cuando “contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos o por su influencia en las disposiciones de una materia especial”. Conf., LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P., *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, Buenos Aires, 1999, pág. 271 y sig. A nuestro juicio, este es el caso de la definición de vicios redhibitorios contenida en el art. 2164.

¹⁴ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 392. En efecto, allí explica las dos nociones que pueden darse en materia de vicios redhibitorios: 1) Noción abstracta; 2) Noción funcional o concreta.

¹⁵ Como bien nos los recordó el maestro Moisset de Espanés, luego de su contienda con Alberdi, el Codificador dejó de incluir en las citas al jurista brasileño para evitar la crítica que afirmaba que estaba haciendo un código para el Imperio de Brasil y no para la República Argentina.

¹⁶ FREITAS, Augusto T. de, *Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino*, Ed. García Santos y Roldán, Buenos Aires, 1909, t. II, pág. 363, en idioma español. Art. 3581.

Conforme la redacción del precepto transcrito, a nuestro juicio, se pueden inferir las *requisitos* de los defectos ocultos, de la siguiente manera¹⁷: 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. Veamos su análisis en detalle:

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. Sin embargo, adelantamos, que el distingo no es rígido en virtud que la evicción comprende también turbaciones *de hecho* “causadas por el propio enajenante¹⁸”, a pesar del énfasis sostenido por el art. 2091 del Cód. Civil, cuando dice “ni en razón de las turbaciones de hecho...”

En segundo lugar, en cuanto al *tiempo* del vicio debe existir como regla¹⁹ al momento del negocio —o en rigor de la adquisición (art. 2168²⁰)— 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 modo²¹. En sentido contrario, aquellos “posteriores al momento de la tradición no son imputables al vendedor y deben atribuirse a la acción del tiempo o a culpa del adquirente²²”. Aquí 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. Este principio tiene una excepción, como ya dijimos, en el contrato de locación de cosa en virtud que el art. 1525 del Cód. Civil “faculta al locatario para aplicar el régimen de los vicios redhibitorios y, en consecuencia, para resolver el contrato o pedir una rebaja equitativa del precio de la locación²³”.

¹⁷ Hemos seguido algunas notas de CIFUENTES, Santos (Director) y SAGARNA, Fernando A. (Coordinador), *Código Civil. Comentario y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, pág. 47; Ampliar en: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General, 4ª edición (1997), Reimpresión*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 785, quien afirma: “Para que un defecto dé lugar a la acción redhibitoria, debe tratarse de un vicio de hecho, oculto, ignorado, grave y existente al tiempo de la adquisición”. Adviértase que no incluye la onerosidad como requisito, dándola por sobreentendida.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 673.

¹⁹ 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 edición actualizada y ampliada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. VII, pág. 971.

²⁰ 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”. Cfr., BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 228; CALDERÓN, Maximiliano R., en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 293: “El tiempo de la adquisición de la cosa debe identificarse con el momento de su entrega y no con la celebración del contrato...”

²¹ Pueden verse las distintas hipótesis en LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, 4ª edición (1997), Reimpresión, Zavalía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 789 y sig.

²² BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 228.

²³ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 395 y sig.

En tercer lugar, se advierte que el contrato debe ser *oneroso*²⁴ toda vez que las acciones redhibitorias —también conocidas como *edilicias*— 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 del Cód. Civil. Comentando la exclusión, Borda explica que “el beneficiario de la liberalidad no tendría en verdad de qué quejarse. Aunque menos valiosa la cosa de lo que esperaba, de cualquier modo él ha experimentado un acrecentamiento en su patrimonio²⁵”. En efecto, sólo se aplica a los contratos onerosos “porque su fundamento es el desequilibrio prestacional, que es posible si hay prestaciones y contraprestaciones²⁶”.

En cuarto lugar, un carácter sustancial de la especie en estudio estriba en que debe estar *oculto*, por oposición a aparente²⁷ (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 autores²⁸. Así, Borda sostiene que se trata de una cuestión sujeta a la libre apreciación judicial, bastando “con el cuidado que pone en sus negocios un propietario diligente²⁹”. Parece compartir el aserto Nicolau, cuando dice que el “vicio es oculto cuando el adquirente emplea la diligencia adecuada al caso, según las circunstancias de tiempo, lugar y personas (art. 512 del C.C.) y aún así no puede detectarlo³⁰”.

Para Calderón, en cambio, la “diligencia del adquirente debe apreciarse en concreto, conforme las circunstancias del caso, no requiriéndose el examen de un experto, excepto en los negocios en que, por sus características o magnitud, las reglas de la prudencia imponen dicho examen³¹”.

Por nuestra parte, creemos que las discordancias de los autores tienen su razón de ser en intentar esbozar un criterio aplicable a todos los casos, lo cual resulta un intento loable pero que no es conveniente. En efecto, el *criterio del vicio oculto* tendrá que analizarse según se trate de un contrato civil, comercial o de consumo, y cada uno de ellos tiene su propia interpretación. Sin perjuicio de ello, con López de Zavalía, consideramos que el carácter de oculto o aparente debe ser

²⁴ CALDERÓN, Maximiliano R., en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 294.

²⁵ Cfr., BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 226.

²⁶ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 395.

²⁷ CNCiv, sala M, 7/09/2007 in re “Consortio 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.

²⁸ 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.

²⁹ BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 226.

³⁰ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 394.

³¹ CALDERÓN, Maximiliano R., en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 292.

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 negocios³²”.

En quinto lugar, el vicio de la cosa debe ser *grave*³³ o importante en el sentido que la desnaturalice o haga impropia para su destino. Una digresión: Adviértase que Freitas utilizó el párrafo “Si la hicieren inútil para el uso o goce a que fue destinada...”; mientras que Vélez eligió el vocablo “impropia” y que fue glosado por Borda afirmando que se “trata de un párrafo poco feliz, que obviamente sólo puede referirse a la hipótesis de que el comprador reclame una resolución del contrato³⁴”. 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 concreto³⁵”, siempre y cuando el enajenante hubiera tenido *conocimiento* del mismo.

Recordemos que, según Nicolau, existen dos nociones en torno al concepto de vicio redhibitorio: a) La noción abstracta o conceptual; b) La noción funcional o concreta.

En la primera, que sigue el art. 2164 del Cód. Civil, la noción comprende dos elementos: que exista un defecto de la cosa y que ese defecto la haga impropia para su destino o que disminuya el uso de ella. En la segunda, en cambio, interesa el “destino concreto que le daría el adquirente. Frente a esto se formula una noción funcional de vicio, diciendo que hay vicio redhibitorio cuando el defecto de la cosa la hace impropia para el adquirente concreto, para el uso que motivó su adquisición en un caso dado, de manera que se extiende o se restringe el concepto de vicio redhibitorio³⁶”.

Empero, una vez más y siendo coherentes con lo ya expresado, por un lado hay que tener en mira al adquirente medio³⁷ para determinar si un vicio reviste o no la gravedad suficiente para calificarlo de redhibitorio, de acuerdo a las circunstancias del caso. Por otro lado, compartimos aquella posición que afirma que la noción brindada por el art. 2164 se apoya claramente en la *noción abstracta*³⁸ y por tanto no interesa el destino funcional que pensaba darle el adquirente o el motivo por el cual adquirió la cosa, salvo que hubiera sido informado por el adquirente al enajenante de modo previo a la adquisición. Por último, como bien afirma Calderón, la “impropiedad (estructural o funcional) de la cosa para su destino sólo es exigible a los fines de

³² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General, 4ª edición (1997), Reimpresión*, Zavallía, Buenos Aires, 2003, 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”.

³³ 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.

³⁴ BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 227: “si sólo reclama la devolución de una parte del precio, basta con demostrar que de haber conocido el vicio hubiera pagado menos”.

³⁵ Conf., CIFUENTES, Santos (director) y SAGARNA, Fernando Alfredo (coordinador), *Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, pág. 48.

³⁶ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 393, quien brinda el ejemplo de un auto antiguo con un defecto en los frenos.

³⁷ Conf., LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General, 4ª edición (1997), Reimpresión*, Zavallía, Buenos Aires, 2003, t. 1, pág. 786 y 788.

³⁸ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 393: “No parece que pueda trasladarse al derecho argentino vigente, cuyas normas se enmarcan con claridad en una noción abstracta de vicio, esta distinción y sus efectos”.

ejercer la acción por resolución contractual o redhibitoria, no así la acción por disminución del precio o *quanti minoris*³⁹”.

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 error⁴⁰. 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). En estos supuestos, como bien se ha dicho, el “vicio oculto conocido por el adquirente, se equipara al vicio aparente, por el cual no se debe garantía⁴¹”.

Por último, si bien no es técnicamente un requisito, pensamos que no debe soslayarse una circunstancia que comprende 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 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 nulas⁴²”.

II.2.2 La clasificación de vicios en la ley de defensa del consumidor

De modo previo, cabe precisar que LDC no contiene una regulación sistemática y armónica de los vicios en el régimen del consumidor, por lo cual ha sido tarea de la doctrina elaborar una explicación racional con un esquema interpretativo.

Desde un punto de vista *general*, el art. 10 *bis*, con una redacción similar al art. 505 del Cód. Civil, prescribe las *opciones* que tiene el consumidor para el supuesto de incumplimiento de la oferta o del contrato por parte del proveedor. En nuestro caso, tratándose de un contrato de consumo, el consumidor posee las siguientes opciones: *a)* Exigir el cumplimiento forzado de la obligación; *b)* Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; *c)* Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Además, de todas las opciones citadas y a su exclusivo beneficio, cuenta *siempre* con una acción por daños.

Desde un punto de vista *específico*, el art. 11 establece una garantía *legal* “por los defectos o vicios de cualquier índole” con diferentes plazos, según se trate de bienes muebles nuevos o usados, que puede ser ampliada por acuerdo de partes transformándose en garantía *convencional*. Ello se verifica en el contrato de compraventa de automotores, cuando se dispone como garantía “convencional” el plazo de 3 años o 100.000 km., lo que ocurra primero. En cuanto a la naturaleza del plazo, la doctrina estima que se trata de un plazo de *caducidad* contractual.

³⁹ CALDERÓN, Maximiliano R., en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 293.

⁴⁰ CNCom, sala D, 23/08/2007 in re “Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro”, La Ley 2007-F, 55-60.

⁴¹ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 394.

⁴² 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, Volumen IV, pág. 211.

Empero, como vemos, sólo se ha regulado aquéllos defectos que pudieran existir en la contratación de cosas *muebles no consumibles* (capítulo IV), incluyéndose aquéllas cuestiones conexas como las garantías (art. 11), servicio técnico (art. 12), la responsabilidad (art. 13) y las vicisitudes propias del servicio de reparación (certificado de garantía, art. 14; constancia de reparación, plazo y supuesto de insatisfacción, arts. 15, 16 y 17).

Sin embargo, el art. 18, titulado “Vicios redhibitorios”, precisa que —de darse aquél supuesto— se aplicará el art. 2176 del Cód. Civil y que el art. 2170 no podrá ser opuesto al consumidor. De su texto puede colegirse que no se define al denominado *vicio redhibitorio*, no se extiende su aplicación al ámbito inmobiliario al incluir la norma en un capítulo destinado a las cosas muebles, y le otorga el *carácter de garantía legal*, sin perjuicio de las disposiciones referidas. Ello motivó que Mosset Iturraspe dijera que la LDC consagra una *pluralidad* de garantías, la convencional, la legal específica y la del Código Civil, “con base en los vicios ocultos y graves, o sea los vicios redhibitorios, artículos 2164 y siguientes⁴³”.

Recordemos que el art. 2170 del Cód. Civil prescribe la irresponsabilidad del enajenante si el adquirente *conocía o debía conocer* los vicios por su profesión u oficio, que resulta inaplicable a las relaciones de consumo. Por su parte, el art. 2176 del Cód. Civil se refiere al supuesto que el vendedor conoce o debía conocer los vicios, y no los manifestó, incurriendo en dolo siendo pasible por tanto de una acción de daños, para el caso que el adquirente hubiera rescindido el contrato mediante la acción redhibitoria.

En otras palabras, puede colegirse que “el vendedor siempre conoce en razón de su profesión los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, razón por la cual, no es necesario que el consumidor pruebe ese extremo, el que es presumido por la norma legal y que no admite prueba en contrario⁴⁴”. Por lo cual, para nosotros el régimen de los vicios redhibitorios en el régimen del consumidor contiene una presunción *jure et de jure* mediante la cual el proveedor conoce o debe conocer los vicios de un producto que comercializa y no puede pretender ampararse tampoco en el conocimiento profesional que pueda tener un consumidor, por razones de su profesión u oficio.

II.2.3 Los llamados vicios⁴⁵ y su caracterización.

Habíamos advertido más arriba que la LDC carecía de una definición legal de los denominados vicios y que no establecía sus requisitos. Sin embargo, de la lectura de aquellos artículos⁴⁶ que tratan cuestiones conexas y utilizando un método esquemático —por defecto de los requisitos del Código Civil—, en nuestra opinión, afirmamos que el *vicio* contenido en el régimen del consumidor posee los siguientes requisitos⁴⁷: 1º) Comprende defectos o vicios de cualquier

⁴³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor. Ley 24.240, 2ª edición actualizada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 54.

⁴⁴ SCHVARTZ, Liliana, *Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios: Manual teórico-práctico*, García Alonso, Buenos Aires, 2005, pág. 132.

⁴⁵ Por razones de espacio, sugerimos la consulta de la casuística jurisprudencial elaborada en: SPOTA, Alberto G. – LEIVA FERNÁNDEZ (Actualizador), *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil, 2ª edición actualizada y ampliada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 310 y sig.

⁴⁶ Remitimos a los arts. 10, 10 bis, 10 ter del Capítulo III y a los arts. 11 a 18 del capítulo IV “Cosas muebles no consumibles”, de la Ley 24.240 modificada por las leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361. Por supuesto, también remitimos a la reciente equiparación del consumidor o usuario, con el subconsumidor y con el sujeto expuesto, del art. 1º de la LDC (t.o. 26.361).

⁴⁷ ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”, LA LEY PATAGONIA, año 5, número 6, diciembre 2008, pág. 544-554. Ampliar en: SPOTA, Alberto G. –

índole en los productos o en la prestación de servicios; 2°) Deben existir al tiempo del contrato, haya o no relación de consumo; 3°) Comprende la adquisición o utilización de bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa; 4°) Afecta la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, como también su correcto funcionamiento⁴⁸; 5°) Puede tratarse de un vicio ostensible o manifiesto como también oculto; 6°) No requiere necesariamente la gravedad, sino que puede ser leve, incluido lo estético; 7°) La garantía legal puede ser ampliada pero no restringida, en virtud de su carácter de orden público de protección; 8°) Admite en todos⁴⁹ los casos la acción de daños, sin incluir obligaciones alternativas, estableciéndose una presunción *juris et de jure* en el art. 18 inc. a) a favor del consumidor; 9°) El plazo de prescripción⁵⁰ de las acciones es de tres años, conforme la interpretación amplia⁵¹ del art. 50 de la LDC.

Según fuera redactado el art. 11⁵², bajo el título de “Garantías”, dentro del capítulo IV) “Cosas muebles no consumibles”, el consumidor en sentido lato posee una garantía legal de tres meses para el caso de bienes muebles usados y de seis meses “en los demás casos” que corre a partir de la entrega, aunque el vicio fuere manifiesto u ostensible, cuando afecte la identidad entre lo

LEIVA FERNÁNDEZ (Actualizador), *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil, 2ª edición actualizada y ampliada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, pág. 334 y sig.

⁴⁸ Conf., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, JA, 2008-II, 1352-1399, 1374, quienes comentan: “... con anterioridad a la reforma considerábamos que el mal funcionamiento de la cosa, que señala al uso o destino del bien, implica indefectiblemente una diferencia entre lo ofrecido y lo entregado. Ello, aún cuando en el nuevo texto resulte irrelevante tal coincidencia, pues para que los vicios sean jurídicamente relevantes basta con que se afecte la identidad o el funcionamiento, uso o destino. De allí justamente la diferencia que hemos puesto de resalto respecto de los vicios redhibitorios...”

⁴⁹ El art. 10 *bis* ante un incumplimiento contractual genérico faculta al consumidor, a su elección, a: 1) Exigir el cumplimiento forzado; 2) Aceptar otro producto equivalente; 3) Rescindir el contrato con derecho a restitución de lo pagado, en todos los casos, con más daños. Para el supuesto de reparación no satisfactoria, según el art. 17, el consumidor puede: 1) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características; 2) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre; 3) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, “la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudiere corresponder”.

⁵⁰ No hay que confundir la garantía legal del art. 11 con el plazo general de prescripción para las acciones fijado por el art. 50 de la LDC. Para un análisis integral de la materia, incluida la modificación vía ley 26.361, remitimos a nuestro trabajo: ARIAS CÁU, Esteban Javier, “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, núm. 8, pág. 30-64.

⁵¹ Cfr., FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de a ley 26.361, 4ª edición actualizada y ampliada*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 542. Parece seguir esta postura, MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240, 1ª 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 en las relaciones de consumo”, LA LEY 2006-F, 1184-1203; *Idem*, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T. III, 525; SCHVARTZ, Liliana, *Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios: Manual teórico-práctico*, García Alonso, Buenos Aires, 2005, pág. 133.

⁵² Art. 11 *Garantías*. “Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles, artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado, el transporte será realizado por el responsable de la garantía y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo”. (modificado por la ley 24.999, art. 1°) A su vez, conforme fuera modificado por la ley 26.361, quedó redactado de la siguiente manera: “Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento. La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo”.

ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento. El vocablo *garantía*⁵³ puede interpretarse como una “serie de regulaciones que permiten al contratante asegurarse el ejercicio de sus derechos, como así también alcanzar una cabal comprensión de aquello sobre lo que está contratando⁵⁴”.

Dentro del marco de la nueva redacción del art. 1º (ley 26.361), comprensiva de la relación de consumo que excede con creces la fuente contractual, podemos concluir que el ámbito de aplicación que la misma ley hace de las denominadas garantías, en las que estaría obviamente incluida la de vicios redhibitorios, *es mucho más amplio* que el establecido por el régimen legal del Código Civil, toda vez que este último, como surge de las definiciones esgrimidas de los arts. 2164 y 2165, se deja signado el ámbito de aplicación de los vicios redhibitorios solamente a las operaciones en las que se adquiera una cosa y además, dicha adquisición debe ser realizada a título oneroso.

Por otra parte, la LDC no distingue en su artículo 11 entre vicios ostensibles y redhibitorios, *habilitando* la garantía para aquellos consumidores o usuarios a los que se les haya afectado la identidad entre lo ofrecido y lo que realmente entregado, aunque él o los vicios que el producto o servicio en cuestión posean sean ostensibles o no; es decir, si estaban a la vista del adquirente al momento de la contratación o por el contrario eran ocultos y se manifestaron luego de la entrega de la cosa. Esta diferencia es la más significativa que podemos encontrar entre los dos regímenes legales confrontados.

En otras palabras, a nuestro juicio, en rigor debería hablarse de *vicios o defectos de los productos o servicios* en la LDC y no de vicios redhibitorios toda vez que el plexo legal incluye en el género tanto a los defectos ostensibles y con mayor razón a los ocultos. Empero, tampoco se exige que los vicios revistan gravedad, bastándose que se lesione el principio de identidad del pago⁵⁵, comprendiéndose toda la gama de defectos: *levísimos, leves y con mayor razón los graves*. Por último, se ha dicho por autorizada doctrina que la diferencia fundamental que distingue los vicios redhibitorios y la garantía legal de la ley 24.240 “estriba en la finalidad a la apunta cada uno de esos institutos⁵⁶”, ya que en aquellos se persigue la resolución del contrato o bien reajustar el precio; en cambio, en éstos se persigue la reparación de la cosa, y sólo subsidiariamente, ante una resultado insatisfactorio⁵⁷, las demás acciones, incluidas la reparación de todo daño.

También advertimos diferencias en torno a la cuestión probatoria del vicio en cuestión, en un caso en concreto. Por ejemplo, en el régimen legal del Código Civil, en el artículo 2168 se

⁵³ Los consumidores cuentan con cuatro garantías específicas, a saber: a) Garantía legal por buen funcionamiento (arts. 11 y 13, LDC); b) Garantía por provisión de repuestos y servicio técnico postventa (art. 12, LDC); c) Garantía por vicios redhibitorios (art. 18, LDC), d) Garantía por deficiencia en la prestación de servicios (art. 23, LDC).

⁵⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 124.

⁵⁵ PICASSO, Sebastián y WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, JA-1998, 752-775.

⁵⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 129. Conf., PICASSO, Sebastián y WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, JA-1998, 752-775, 761 y sig., limitando este desarrollo a las cosas muebles no consumibles, producto de la redacción originaria de la ley 24.240.

⁵⁷ Debe recordarse que las acciones enunciadas en el art. 17 de la LDC actúan en “subsidio de la acción de reparación satisfactoria del bien. La subsidiariedad que señalamos resulta de la literalidad de la disposición citada, que sólo habilita a las acciones indicadas, cuando la reparación no resulte satisfactoria”. Conf., FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, 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, pág. 13.

prescribe: “Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino después”. Es decir, se establece una presunción *juris tantum* a favor del vendedor y en contra del comprador, quien deberá refutarla. Por el contrario, conforme los principios generales del régimen del consumidor, entendemos que dicha carga probatoria mal podría recaer en cabeza del consumidor toda vez que el mismo no se encontraría —en principio— en condiciones óptimas de lograr aceptablemente dicho cometido, remitiéndonos a los postulados de la *teoría de la carga dinámica* de la prueba. En otros términos, consideramos, que resulta muy difícil que un consumidor se encuentre en mejores condiciones que el proveedor o el vendedor de probar la existencia o en su caso el momento de la aparición de un determinado vicio o defecto, que por otra parte se encuentra legalmente relevado en el art. 18 inc. a) de la LDC.

Con respecto a las *acciones* tendientes a proteger a los consumidores ante la presencia de vicios, nos encontramos en el régimen del Código Civil con las acciones reguladas en el Título XIV del Código Civil: *actio redhibitoria*; *actio quanti minoris*. Dichas acciones poseen un plazo de prescripción de tres meses en el caso de contrataciones civiles y seis meses en el caso de contrataciones comerciales. En tal sentido, afirma Nicolau que “en el artículo 4041 del Código Civil, no se fija un plazo para el vicio oculto se haga ostensible, sino un término de prescripción de las acciones derivadas de la existencia del mismo⁵⁸”.

Con respecto al momento a partir del cual empieza a contar dicha prescripción, entendemos, compartiendo la jurisprudencia mayoritaria, que el mismo comienza a contarse desde que el adquirente conoce⁵⁹ o toma conocimiento del mencionado vicio. Empero, recordemos que en el régimen del Código de Comercio el plazo de seis meses corre a partir de la entrega.

En cambio, para el caso de las acciones establecidas en el régimen del consumidor, si bien la garantía legal prescripta por el artículo 11° abarca tres o seis meses dependiendo en su caso si el producto adquirido es usado o nuevo respectivamente, reiteramos que adherimos al plazo de prescripción general o común establecido para las relaciones de consumo en el art. 50, es decir: *el plazo será de tres años*.

En otras palabras, el plazo de garantía legal debe articularse con el plazo de prescripción de las acciones, por lo cual detectado el defecto dentro de los seis meses de la entrega del bien”, previa comunicación fehaciente al proveedor, el consumidor puede “iniciar las acciones dentro de los tres años, conforme a lo establecido en el art. 50, ley 24.240⁶⁰”, debiendo ser la piedra de toque la interpretación más favorable al consumidor⁶¹. Asimismo, debe complementarse con el art. 10 bis de

⁵⁸ NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, pág. 403. Conf., CALDERÓN, Maximiliano R., en GONZÁLEZ, José E., TINTI, Guillermo P., CALDERÓN, Maximiliano R., RIBA, Marina A., *Teoría general de los contratos*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pág. 297.

⁵⁹ BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª edición actualizada por Alejandro BORDA, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 236: “Si el vicio debió quedar revelado al entrar en posesión el comprador, es desde ese momento que corre el plazo, cualquiera sea la fecha de la escritura”.

⁶⁰ FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, 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, pág. 14, quienes agregan que aunque la ley no lo exige de modo expreso “sería aconsejable que el consumidor denuncie el defecto al tiempo de su descubrimiento para salvaguardar su derecho a accionar”.

⁶¹ Conf., ARIAS CÁU, Esteban Javier, “Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo”, LA LEY PATAGONIA, año 5, número 6, diciembre 2008, pág. 544-554, 553, en el cual, con referencia al plazo de prescripción de la acción por vicios redhibitorios, afirmamos 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”.

la LDC, por lo cual ya sea que se rescinda el vínculo jurídico o bien el consumidor decida quedarse con la cosa, previa reducción del precio, en todos los casos tendrá una acción de daños en contra del proveedor, a diferencia del régimen del Código Civil que sólo la reserva para el supuesto de la acción redhibitoria.

III.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. CLASIFICACIÓN DE LOS CASOS

Los fallos colectados y que hemos clasificado sirven de banco de pruebas para verificar si la jurisprudencia sigue la doctrina especializada, o bien, por el contrario todavía aplica los principios del Código Civil y Comercial y su interpretación.

III.1 Defecto de fabricación

En el caso “Ratto, Ruben Darío c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y otro⁶²” se determinó la responsabilidad solidaria de la empresa automotriz y de la concesionaria por la venta de un automotor 0km que presentó defectos de fabricación desde el momento de su adquisición que derivaron en la *detención del motor e imposibilidad de arranque*, incluso en el medio de un viaje de larga distancia, durante todo el tiempo en que el rodado estuvo en manos del adquirente, quien decidió enajenarlo al poco tiempo de su adquisición. En la cuantificación se determinó abonarle al actor la suma de \$ 14.591,50, más \$3000 por privación de uso y \$3000 por daño moral.

El defecto de fabricación, como bien dice Farina, comprende “todo tipo de vicios, tanto redhibitorios como los que no lo son, y como tal el comprador está amparado por la garantía pertinente⁶³”. Comparte el aserto Sagarna, al afirmar que “la norma ampara aún al consumidor más distraído toda vez que abarca el defecto o vicio ostensible al tiempo de la adquisición del bien, hallándose protegido aquel que descubre los vicios luego de adquirido el producto⁶⁴”.

En el caso particular de automotores, recordemos que la responsabilidad establecida por el régimen del consumidor es objetiva y comprende a toda la cadena de comercialización (fabricante, concesionaria, minorista) y que en el supuesto de un algún *defecto de fabricación* “sólo es necesario cotejar el rodado en cuestión con uno que recoja los parámetros de normalidad en cuanto al funcionamiento⁶⁵”. A nuestro juicio el defecto o vicio en el marco del régimen del consumidor era claro, en virtud que se perfeccionó una relación de consumo, y por tanto debía aplicarse su normativa. Los montos nos parecen un poco bajos, especialmente aquellos relativos al daño moral porque no ha tenido en cuenta que se trataba de un vehículo nuevo, que había generado expectativas legítimas en el consumidor y tuvo inconvenientes en su funcionamiento al poco tiempo de su adquisición.

FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de a ley 26.361*, 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 543.

⁶² CACivCom., Junín, 8/06/10 “Ratto Ruben Dario c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y Otro s/ daños y perj. incumplimiento contractual”, MJJ55830. Magistrados: Guardiola, Castro Durán y Rosas.

⁶³ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 274.

⁶⁴ SAGARNA, Fernando, “Comentario al art. 11 de la LDC”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, págs. 174.

⁶⁵ JALIL, Julián E., “Compra de automotores y ley de defensa del consumidor”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, págs. 530: “Si de dicha comparación surge una disyuntiva, probado que sea el daño y la relación causal procederá la responsabilidad civil, sustentada en el deber de garantía por el buen funcionamiento”.

Sin embargo, en el caso “Robles, Karina Vanesa y otros c. General Motors Argentina S.R.L. y otro”⁶⁶, la sala D de la Cámara en lo Comercial confirmó el rechazo de la demanda interpuesta por el adquirente de un vehículo nuevo, que no había realizado el service en un agente oficial a los 15.000 km.. A tales fines, desestimó el informe pericial técnico porque no reviste entidad suficiente como para acreditar que los daños invocados hubieran tenido origen en desperfectos de fábrica, máxime cuando sus conclusiones no derivan de la revisión del rodado, el que fue vendido antes de iniciar el proceso. Por último, determinó que la no realización del “service” en concesionaria oficial implica la caducidad de la garantía “convencional” (3 años o 100.000 km), y que no es una cláusula abusiva en el marco del art. 37 de la LDC.

Las consecuencias del fallo citado nos parecen perjudiciales, especialmente porque parece confundir la garantía con la noción de vicios desarrollada en el régimen del consumidor. En efecto, de su texto podemos compartir que puede haber caducado la garantía convencional porque el consumidor no cumplió con la realización del servicio en un concesionario oficial y con ello perdió la garantía de la marca. Empero, ello no implica perder de vista que la garantía debe articularse con el régimen general previsto en el derecho del consumidor, y lo cierto es que el automotor tuvo un defecto, que fue ratificado por el informe técnico y que se comprueba con la posterior venta del mismo.

III.2 Vicios en la pintura de un rodado. Condena al fabricante. Liberación del concesionario

En el caso “Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro”⁶⁷, la sala D en lo Comercial dispuso revocar la sentencia apelada en cuanto condenó a Auto Vía Maipú S.A., haciendo lugar a la falta de legitimación pasiva e imponiéndole las costas de ambas instancias. Asimismo, dispuso confirmar la condena impuesta a Fiat Auto Argentina S.A. estableciendo además que el actor debe reintegrar el rodado defectuoso, imponiéndolas las costas de ambas instancias en el 95% a la codemandada vencida, y en el 5% restante al actor. También rechazó el daño moral del actor.

Para ello determinó que debe responsabilizarse al “fabricante” del vehículo por los defectos meramente estéticos —en el caso de pintura— que éste contenía al momento de su adquisición por cuanto no cumple con las cualidades que el comprador esperaba encontrar y que fueron garantizadas de conformidad con lo previsto por el art. 11 de la ley 24.240. Si los vicios denunciados como existentes en el automotor adquirido resultan ser meramente estéticos y no afectan el funcionamiento de la unidad automotriz, resulta improcedente la acción prevista en el art. 2174 del Cód. Civil, por cuanto para ser considerados vicios redhibitorios deben ser ocultos y tornar a la cosa impropia para su destino. Es procedente la defensa de falta de legitimación pasiva deducida por el concesionario de automotores, si de la factura surge expresamente que no tuvo intervención en dicha operación y los pagos se efectuaban directamente al fabricante.

Compartimos la noción de vicio utilizada por la sala D puesto que comprende tanto aquellos vicios ostensibles como ocultos, ya sea que afecten el funcionamiento del vehículo como la calidad del producto y responsabiliza al fabricante. Sin embargo, disentimos con dos tópicos. El primero, que haya librado de la responsabilidad al concesionario porque la circunstancia que sólo haya entregado el automotor no implica dejar de lado la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización del producto. Por supuesto, cuestión aparte y propia de la

⁶⁶ CNCom., sala D, 27/08/2013 “Robles, Karina Vanesa y otros c. General Motors Argentina S.R.L. y otro s/ ordinario”, DJ 19/02/2014, 89 – La Ley online AR/JUR/60705/2013. Magistrados: Juan José Dieuzeide, Pablo D. Heredia.

⁶⁷ CNCom., sala D, 23/08/07 “Ocampo, Antonio c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro”, LL 2007-F, 56. Magistrados: Pablo D. Heredia, Gerardo G. Vassallo, Juan José Dieuzeide.

responsabilidad civil, será la litis entre fabricante y concesionaria como las acciones de repetición que pudieran surgir entre ambas. El segundo tiene que ver con el rechazo del daño moral al actor, ya que si determinó la responsabilidad en el marco del derecho del consumidor, dicho daño está comprendido en el art. 10 bis de la LDC.

III.3 Demora en la entrega de la unidad. Insolvencia de la concesionaria oficial

En el caso “García, Manuel c/Hyundai Motor Arg. SA s/ resolución de contrato⁶⁸”, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, con fecha 2/09/03, dispone revocar en todas sus partes la sentencia apelada y, en consecuencia, hace lugar a la demanda condenándose a “Hyundai Motor Argentina SA” a pagar a la suma de \$29.437, con más los intereses a la tasa pasiva que fije el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones a 180 días desde el 1 de abril de 1999 hasta la fecha del efectivo pago. Con costas de ambas instancias a cargo del demandado.

Para ello determinó, que si al fabricante se lo responsabiliza por la calidad del producto vendido por el concesionario, mucha más debe responsabilizársele cuando dicha venta no se cumple cuando no pudo pasar desapercibido al concedente la insolvencia del concesionario en las auditorias periódicas que realizara o debiera realizar. El fundamento de su responsabilidad radica en “el artículo 1109 del Código Civil y lo dispuesto por la ley de Defensa del Consumidor, por los perjuicios sufridos por el comprador en virtud del incumplimiento del concesionario insolvente en la entrega de la unidad vendida”.

Un fallo impecable que tiene en cuenta los principios del derecho del consumidor y, mediante el diálogo de las fuentes, lo relaciona con el contrato de concesión comercial propio del derecho empresario, teniendo en cuenta los fuertes lazos que existen entre el concedente y concesionario tanto en materia jurídica, contable, financiera e incluso publicitaria.

III.4 Demora provisión de repuesto

En el caso “Rocca c. Autolatina⁶⁹”, la sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial, con fecha 23/06/99, desestima íntegramente los agravios de la actora y se hace lugar, parcialmente a la demandada *reduciendo* el monto por indemnización por “privación del uso” del automotor a la suma de \$1500, con más los intereses fijados en la sentencia los que deberán computarse desde el 1 de junio de 1995 hasta el efectivo pago. Confirma el daño moral y su monto. Con costas a cada perdidosa.

A tal fin determinó que debe atribuirse responsabilidad al fabricante demandado por los daños padecidos por quien había adquirido su automotor en la concesionaria de aquél, a raíz de la demora en la provisión de un repuesto ello fundado en el art. 12, ley de defensa del consumidor 24.240 (Adla, LIII-D, 4125). Esta situación está prevista en el régimen del consumidor en cuanto la garantía, ya sea legal o convencional, debe asegurar un servicio técnico adecuado y el “suministro de partes y repuestos”. Esta obligación de resultado comprende toda la cadena de comercialización, según el art. 13 de la LDC.

III.5 Reparación no satisfactoria

⁶⁸ CACivComSanIsidro, 2/09/03 “García, Manuel c/Hyundai Motor Arg. SA s/ resolución de contrato”, MJJ2160. Magistrados: Roland Arazi, Graciela Medina y Carmen Cabrera de Carranza.

⁶⁹ CNCom, sala E, 23/06/99 “Rocca, Claudio H. y otro c. Autolatina Argentina S.A.”, LL 2000-A, 13; DJ 2000-1, 1148. Magistrados: Helios A. Guerrero, Martín Arecha, Rodolfo A. Ramírez.

Para el supuesto que el proveedor no brindare una solución al consumidor, dejando en su correcto funcionamiento el automotor, podrá elegir diferentes opciones del régimen tuitivo, a saber: a) Pedir la sustitución de la cosa por otra de características similares; b) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a “cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales⁷⁰”.

IV.- NUESTRA POSICIÓN

Pues bien, ha llegado el momento de exponer nuestro pensamiento brindando algunas conclusiones en torno al régimen de los vicios en la Ley 24.240 y según el denominado diálogo de las fuentes.

De modo previo, recordemos la expresión de Mosset Iturraspe cuando afirmó que la LDC consagra una *pluralidad de garantías*, la convencional, la legal específica y la del Código Civil, “con base en los vicios ocultos y graves, o sea los vicios redhibitorios, artículos 2164 y siguientes⁷¹”.

En primer lugar, desde el punto de vista terminológico, advertimos que se puede hablar del vocablo *vicios*⁷² como género, incluyéndose dos especies: a) Vicios ostensibles; b) Vicios ocultos. La diferencia con el régimen del Cód. Civil, por tanto, es superlativa ya que tampoco se exige que los vicios revistan gravedad, bastándose que se lesione el principio de identidad del pago, comprendiéndose toda la gama de defectos.

En segundo lugar, los defectos en los productos o de los servicios deben existir al momento de perfeccionarse la relación de consumo, incluyéndose dentro de sus beneficiarios a los consumidores y “sucesivos adquirentes”, conforme los arts. 1 y 11 de la LDC, a diferencia del Cód. Civil que brinda una mayor garantía al comprador en la compraventa con relación al adquirente de otros contratos. Empero, también es relevante que la garantía comprende o abarca como legitimado activo también a los *sucesivos adquirentes*, en virtud que la LDC también incluye ahora a la compraventa de cosas usadas⁷³ entre consumidores.

En tercer lugar, la garantía funciona aunque la adquisición o utilización de los bienes o servicios, haya sido *a título gratuito*, a diferencia del régimen del Cód. Civil, que exige la onerosidad en la transmisión (art. 2165).

En cuarto lugar, el vicio detectado debe afectar la *identidad* entre lo ofrecido y lo entregado⁷⁴, revistiendo importancia en este aspecto la publicidad que haya efectuado el proveedor

⁷⁰ JALIL, Julián E., “Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, págs. 526.

⁷¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, 2ª edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 54.

⁷² Cfr., SPOTA, Alberto G. – LEIVA FERNÁNDEZ (Actualizador), *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, pág. 310 y sig.

⁷³ Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 126 y 131.

⁷⁴ En este caso, la “garantía se acerca a la garantía de comercialidad del Derecho anglosajón que hemos tratado anteriormente, y a la garantía en la compraventa internacional...” Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 349.

del bien (Cap. II, arts. 4 a 6, LDC) como también su correcto *funcionamiento*⁷⁵. Es decir, objetivamente, basta que “la presencia del vicio lesione el principio de identidad del pago⁷⁶, y afecte —aun cuando no lo impida— el correcto funcionamiento de la cosa⁷⁷”. Con respecto a la publicidad, en virtud del 8 de la LDC integra el contrato y por ende implica que toda discordancia entre lo ofrecido y lo entregado lesiona también el derecho del consumidor, por haberse infringido el principio de confianza, incluida las mentadas *expectativas legítimas*.

En quinto lugar, como ya adelantamos, la mayor diferencia con la regulación de los vicios redhibitorios del Cód. Civil, radica en que el vicio⁷⁸ de la LDC puede tratarse de un defecto *ostensible* o manifiesto como también oculto. Es decir, no resulta aplicable la controversia doctrinaria de los vicios aparentes (art. 2173, Cód. Civil), por más que haya sido verificable a simple vista como tampoco interesa el conocimiento o solvencia profesional del consumidor (art. 2170, Cód. Civil).

En sexto lugar, otra gran diferencia estriba en que no se necesita necesariamente que el defecto sea *grave* en el bien, tornándolo impropio para su destino, sino que puede ser leve —incluido lo estético⁷⁹— y originando la responsabilidad. En suma, se comprende toda la graduación de defectos: *levísimos, leves y con mayor razón los graves*.

En séptimo lugar, como ya se dijo, la garantía —legal o convencional— debe ser cumplida aunque el consumidor haya debido conocer el defecto o debía conocerlos por su profesión u oficio, no siéndole oponible lo previsto por el art. 2170 del Cód. Civil, porque se *presume* el debido conocimiento profesional del proveedor como parte fuerte o predisponente de la relación de consumo. Por otro lado, tampoco puede endilgarse al consumidor el propio conocimiento por razón de su profesión u oficio, porque cuando contrata lo hace como consumidor y no como profesional.

En octavo lugar, afirmamos sin hesitación que la garantía contenida en el régimen de la LDC puede ser *ampliada* por las partes pero no restringida, en virtud de su carácter de orden público (art. 65, LDC) tornándose en un *mínimum inderogable* para las partes. Es decir, que esta garantía puede ser modificada convencionalmente por las partes, ya sea extendiendo los plazos o bien *redefiniendo*

⁷⁵ Conf., GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, JA, 2008-II, 1352-1399, 1374, quienes comentan: “... con anterioridad a la reforma considerábamos que el mal funcionamiento de la cosa, que señala al uso o destino del bien, implica indefectiblemente una diferencia entre lo ofrecido y lo entregado. Ello, aún cuando en el nuevo texto resulte irrelevante tal coincidencia, pues para que los vicios sean jurídicamente relevantes basta con que se afecte la identidad o el funcionamiento, uso o destino. De allí justamente la diferencia que hemos puesto de resalto respecto de los vicios redhibitorios...”

⁷⁶ Conf., PICASSO, Sebastián y WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, JA-1998, 752-775.

⁷⁷ Conf., MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 129, finalizando: “Dado que, normalmente, cualquier vicio creará una diferencia entre lo ofrecido —una cosa sin defectos— y lo entregado, el primer requisito se torna prácticamente superfluo, razón por la cual la afectación del correcto funcionamiento de la cosa constituirá en la práctica la pauta fundamental a tener en cuenta para la puesta en marcha de la garantía”.

⁷⁸ Una vez más, recurriendo a autorizada doctrina, decimos: “Ocurre que lo oculto o no oculto tiene que ver con la mirada de una persona entendida, experta, experimentada o diligente; la mirada legal hacia los consumidores o usuarios no los ubica en esas categorías; más bien entre los necesitados pero inexpertos; deseosos de adquirir pero desconocedores de bienes, de sus tipos y calidades”. MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 27.

⁷⁹ En contra: C2ªCCom, La Plata, sala III, 26/9/2006 in re “Sollosqui, Mercedes E. y otro c. Vicente Zíngaro e Hijos S.A. y otra”, LLBA, 2007-682. Por razones de espacio, sugerimos la consulta de la casuística jurisprudencial elaborada en: SPOTA, Alberto G. – LEIVA FERNÁNDEZ (Actualizador), *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil*, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, pág. 310 y sig.

nuevos vicios: arg. art. 2167 Cód. Civil. Este aspecto todavía no ha sido debidamente desarrollado por la doctrina.

En noveno lugar, corresponde analizar otra diferencia sustancial con el régimen del Cód. Civil, que consiste en que no se distingue entre las acciones *redhibitoria* y *quantum minoris* en materia de la acción por daños en la LDC, puesto que la *admite en todos los casos*, conforme lo autoriza el art. 10 bis⁸⁰. En otras palabras, el consumidor tiene siempre⁸¹ la posibilidad de promover una acción responsabilizatoria en contra del proveedor, aunque devuelva o se quede con el producto y haya una disminución del precio, estableciéndose además una presunción *juris et de jure* en el art. 18 inc. a) a favor de aquél.

Por último, se ha dicho por autorizada doctrina, que la *diferencia* fundamental que distingue los vicios redhibitorios y la garantía legal de la ley 24.240 “estriba en la finalidad a la que apunta cada uno de esos institutos⁸²”, ya que en aquellos se persigue la resolución del contrato o bien reajustar el precio; en éstos se persigue la reparación de la cosa, y sólo subsidiariamente, ante un resultado insatisfactorio⁸³, las demás acciones, incluidas la reparación de daño.

No se nos escapa que la enumeración de los requisitos precedentes, como resulta obvio, puede ser susceptible de crítica; por ejemplo, algunos podrían propiciar fundir en un solo requisito la gravedad con la identidad entre lo ofrecido y entregado. Sin perjuicio de ello, por razones didácticas, la enumeración y explicación que propiciamos nos parece —por el momento— la más adecuada.

En consecuencia, ahora si estamos en condiciones de brindar nuestro *concepto* del vicio en el régimen de la LDC, en la cual diremos que *existe vicio o defecto, ya sea ostensible u oculto, al momento de perfeccionarse la relación o contrato de consumo, en los productos 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,*

⁸⁰ Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 352. Recordamos una vez más que el art. 10 bis ante un incumplimiento contractual genérico faculta al consumidor, a su elección, a: 1) Exigir el cumplimiento forzado; 2) Aceptar otro producto equivalente; 3) Rescindir el contrato con derecho a restitución de lo pagado, en *todos los casos, con más daños*. Para el supuesto de reparación no satisfactoria, según el art. 17, el consumidor puede: 1) Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características; 2) Devolver la cosa en el estado en que se encuentre; 3) Obtener una quita proporcional del precio. En todos los casos, “la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudiere corresponder”.

⁸¹ En contra: JALIL, Julián E., “Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, págs. 514, que expresa: “Asimismo, vale decir que quien opte por esta vía no podrá exigir los daños y perjuicios consecuencia del defecto, en ese caso deberá recurrir a la acción redhibitoria”.

⁸² MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240, 1ª edición*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 129. Conf., PICASSO, Sebastián y WAJNTRAUB, Javier H., “Las leyes 24.878 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor”, JA-1998, 752-775, 761 y sig., limitando este desarrollo a las cosas muebles no consumibles, producto de la redacción originaria de la ley 24.240.

⁸³ Debe recordarse que las acciones enunciadas en el art. 17 de la LDC actúan en “subsidio de la acción de reparación satisfactoria del bien. La subsidiariedad que señalamos resulta de la literalidad de la disposición citada, que sólo habilita a las acciones indicadas, cuando la reparación no resulte satisfactoria”. Conf., FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, 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, pág. 13. En contra: MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240, 1ª edición*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 121.

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 plena que corresponda.

V.- CONCLUSIONES

A modo de síntesis, esbozamos las conclusiones más relevantes para explicar las diferencias entre los regímenes previstos en el Código Civil, el Código de Comercio y el régimen del consumidor, en materia de vicios en los productos o servicios.

1º) El contrato de compraventa puede ser civil, comercial o de consumo según los sujetos, objeto y causa de la relación jurídica trabada, debiendo aplicarse a cada relación su propio régimen normativo en el marco del diálogo entre las fuentes.

2º) El contrato de compraventa de automotores u objetos análogos puede ser considerado como contrato de consumo en la medida que se perfeccionen los elementos subjetivos, objetivos y tenga destino final para el consumidor o su grupo familiar o social.

3º) Puede tener algún tipo de interés actual la denominada *permuta de consumo*, es decir cuando la operación jurídica queda encuadrada bajo el régimen del consumidor (ley 24.240), especialmente en aquellos supuestos de permuta con saldo, cuando el contrato se perfeccione entre un proveedor y un consumidor. Es decir, en aquellos casos en que el consumidor entrega como parte de pago de un automóvil nuevo su usado.

4º) Con respecto a la noción de vicios redhibitorios o defectos en general resulta útil el denominado diálogo de las fuentes, ente los códigos los códigos de fondo y el régimen del consumidor porque permite partir de conceptos ya consolidados por la doctrina y al mismo tiempo verificar las diferencias, que son de carácter sustancial, como hemos manifestado en el texto.

5º) En el régimen del consumidor, por razones terminológicas y sustanciales, debería en rigor hablarse de *vicios o defectos* en la LDC y no de vicios redhibitorios toda vez que el plexo legal incluye en el género tanto a los defectos ostensibles y con mayor razón a los ocultos. Empero, tampoco se exige que los vicios revistan gravedad, bastándose que se lesione el principio de identidad del pago, comprendiéndose toda la gama de defectos: *levísimos, leves y con mayor razón los graves*.

6º) Se incluye dentro de sus beneficiarios a los consumidores y también a los “sucesivos adquirentes”, conforme los arts. 1 y 11 de la LDC, a diferencia del Cód. Civil que brinda una mayor garantía al comprador en la compraventa con relación al adquirente de otros contratos, comprendiendo tanto las adquisiciones a título oneroso como también gratuito.

7º) El régimen de los vicios en el régimen del consumidor contiene una presunción *jure et de jure* mediante la cual el proveedor conoce o debe conocer los vicios de un producto que comercializa y no puede pretender ampararse en el conocimiento profesional que pueda tener un consumidor, por razones de su profesión u oficio.

8º) La garantía funciona aunque la adquisición o utilización de los productos o servicios, haya sido a título gratuito, a diferencia del régimen del Cód. Civil, que exige la onerosidad en la transmisión.

9º) La garantía contenida en el régimen de la LDC puede ser ampliada por las partes pero no restringida, en virtud de su carácter de orden público (art. 65, LDC) tornándose en un piso inderogable para las partes. Es decir, que esta garantía puede ser modificada convencionalmente por las partes, ya sea extendiendo los plazos o bien redefiniendo nuevos vicios: arg. art. 2167 Cód. Civil. Este aspecto todavía no ha sido debidamente desarrollado por la doctrina.

10º) El régimen del consumidor no distingue entre las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* en materia de la acción por daños, puesto que la *admite en todos los casos*, conforme lo autoriza el art. 10 bis⁸⁴. En otras palabras, el consumidor tiene siempre⁸⁵ la posibilidad de promover una acción responsabilizatoria en contra del proveedor, aunque devuelva o se quede con el producto y haya una disminución del precio, estableciéndose además una presunción *juris et de jure* en el art. 18 inc. a) a favor de aquél.

Por último, toda la noción se construye y fundamenta también en la publicidad⁸⁶ que realizan los proveedores de bienes y servicios generando⁸⁷ en el consumidor expectativas legítimas⁸⁸ que luego deben cumplirse, bajo pena de sanción por el régimen del consumidor.

⁸⁴ Conf., LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, pág. 352.

⁸⁵ En contra: JALIL, Julián E., “Compraventa de automotores y ley de defensa del consumidor”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, págs. 514, que expresa: “Asimismo, vale decir que quien opte por esta vía no podrá exigir los daños y perjuicios consecuencia del defecto, en ese caso deberá recurrir a la acción redhibitoria”.

⁸⁶ Conf., ANGELINI, Luciano V. – ARIAS CÁU, Esteban J., “La heterointegración y la publicidad en el contrato de consumo”, LA LEY 02/12/2011, 5.

⁸⁷ Como bien lo grafica autorizada doctrina: “Ocurre que lo oculto o no oculto tiene que ver con la mirada de una persona entendida, experta, experimentada o diligente; la mirada legal hacia los consumidores o usuarios no los ubica en esas categorías; más bien entre los necesitados pero inexpertos; deseosos de adquirir pero desconocedores de bienes, de sus tipos y calidades”. MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 27.

⁸⁸ ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 56: “El principio de confianza, impregnado de un fuerte cariz protectorio, se orienta a garantizarle al consumidor la concreción de todo aquello de manera imperativa”.