

**XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil
La Plata, 28, 29 y 30 de septiembre de 2017**

Comisión 5: Contratos: “Obligación de Saneamiento”

Autores: Claudia Wagner: docente_adjunto de la catedra Contratos y Civil Parte general de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Litoral. Profesora Titular de Contratos y Civil I Parte General de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe.

Elena Albornoz: docente adjunta de la catedra de contratos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Docente titular de Derecho Comercial y Docente adjunta de Introduccion al Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Economicas de la Universidad Nacional de Entre Ríos.

CONCLUSIONES

- Teniendo la responsabilidad por evicción y la responsabilidad por vicios ocultos su propia y específica regulación en los parágrafos 2º. y 3º. de la Sección 4ta., es al menos dudosa la utilidad de la Parte General del 1º. parágrafo.
- Resultan novedosas y constituyen una extrapolación de principios protectorios pertenecientes al ámbito del derecho del consumo, las normas que agravan la situación del enajenante profesional, excepto que también lo sea el adquirente (Arts. 1038 inc. b), 1040 inc. a) y b) y 1053 inc. b) CCCN).
- El Art. 1039 al regular las acciones de que goza el acreedor de la garantía no establece un orden de prelación. Sin embargo, la resolución resultará el último recurso a tenor de lo dispuesto, en relación a la evicción en el Art. 1049 y a los vicios ocultos en el Art. 1057.
- La excepción a la responsabilidad por daños que refiere al enajenante (1040 inc. b), invierte la carga de la prueba.
- El nuevo Código ya no exige la existencia de una sentencia judicial como requisito previo para el funcionamiento de la responsabilidad por evicción.
- El Art. 1044 inc. c) incluye las turbaciones de hecho causadas por el transmitente, inclusión que no responde a lo afirmado en el acápite del mismo artículo.
- Es más acertado tener en cuenta la diligencia de las partes en orden a interrumpir el plazo de prescripción cuando la evicción resulta de un derecho de origen anterior a la transferencia y consolidado posteriormente (inc. c), más que el desequilibrio económico.
- El Art. 1051 del CCCN regula a los vicios ocultos como un género, siendo los redhibitorios una especie de vicios más graves. Solo la existencia de estos últimos autoriza al acreedor a resolver el contrato (art. 1056).
- Tratándose de inmuebles el consumidor deberá acudir a la responsabilidad por vicios del CCCN, contando con la protección de los Arts. 988, 1117 y 1119 CCCN.

Proponemos de lege ferenda

- La inclusión en la parte general de su regulación junto a los actos jurídicos entendiéndose que desde el punto de vista metodológico es más acertado, incluir el tratamiento de la garantía junto a los actos jurídicos, por resultar aplicable a cualquier transmisión de derechos o división de bienes.
- La incorporación de la acción quanti minoris entre las acciones que tiene el adquirente de cosas muebles no consumibles e inmuebles.

I.- Introducción:

En el derecho romano se habían regulado las consecuencias de la entrega de cosas defectuosas en el marco de un contrato.-

En la época de Cicerón los ediles curules¹, que establecían las normas para las ventas de esclavos y animales en los mercados, establecían a través de sus edictos que el vendedor de esclavos o de ciertos animales estaba obligado a declarar expresamente los vicios o defectos de lo que vendía y a ofrecer garantías de su inexistencia. Si así no procedía, el comprador estaba autorizado a ejercitar la “actio redhibitoria” en el término de dos meses, o la “actio quanti minoris”, en el de seis»

La garantía de saneamiento, según Lorenzetti, es un «género conceptual que abarca: 1. La garantía de evicción; 2. los vicios redhibitorios, y 3. el saneamiento que permite que el adquirente ejerza la acción de cumplimiento, solicitando al garante que perfeccione el título o subsane los defectos (.) o que lo indemnice de los daños sufridos.» (1). Es decir que el saneamiento propiamente dicho comprende aquellos defectos de derecho (evicción) o de hecho (vicios redhibitorios) aplicable exclusivamente a los contratos onerosos.²

Nos proponemos en la presente ponencia analizar la regulación de dicho instituto en el nuevo Código Civil y Comercial, y las dificultades que algunas de sus normas generan en particular sobre los contratos de consumo y sometidos a cláusulas generales.

II.- Obligación de saneamiento

En la Sección 4º. del Capítulo 9, “Efectos de los Contratos”, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aborda el tratamiento de la obligación de saneamiento. Lo hace estableciendo en un primer párrafo disposiciones generales que resultarán aplicables tanto a la garantía por evicción como a los vicios ocultos, o sea, la obligación de saneamiento se regula como un género, comprensiva de dos especies, evicción y vicios ocultos, especies a las que, en los párrafos segundo y tercero respectivamente, se dedican normas específicas. Teniendo

¹ Los **ediles curules** surgieron durante la República romana, inicialmente para organizar algunas celebraciones. Fue un cargo al que podían optar los patricios y los plebeyos, nacido a imagen de los **ediles** plebeyos.

² Lorenzetti Ricardo Tratado de los contratos Ediciones Rubinzal 2008.-

ambas responsabilidades su regulación específica, es al menos dudosa la utilidad de la Parte General.³

El ámbito de aplicación de la garantías lo constituyen los contratos que tienen por objeto la transmisión de bienes a título oneroso (excepcionalmente existirá en los contratos gratuitos), aunque también resulta aplicable a la partición. En tal sentido hubiera sido metodológicamente más acertado, incluir el tratamiento de la garantía en la Parte General junto a los actos jurídicos, por resultar aplicable a cualquier transmisión de derechos o división de bienes.⁴

La responsabilidad por saneamiento se regula como un efecto natural de los contratos onerosos, resultando, por tanto, disponible. No obstante, las cláusulas que la supriman o disminuyan serán de interpretación restringida, dispone el Art. 1037, lo que da cuenta del disfavor con que el legislador las considera. Y yendo aún más lejos, en determinados supuestos las priva de toda eficacia. Esto sucede cuando el enajenante hubiere tenido conocimiento o hubiere debido conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios ocultos, supuesto en el que claramente lo que se sanciona es la mala fe del enajenante. El otro supuesto de ineficacia de pleno derecho de la cláusula de supresión o disminución de la garantía, se presenta cuando el enajenante actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad. Esta disposición resulta novedosa y constituye una extrapolación de principios protectorios pertenecientes al ámbito del derecho de consumo.

³ “Es cierto que tanto la garantía por evicción, como la garantía por vicios ocultos, tienen algunos rasgos comunes. En cuanto a su ámbito, ambas representan efectos naturales de contratos onerosos. Entre las dos, por lo tanto, desempeña un papel semejante el principio de autonomía. Ambas tienen similitudes en cuanto a su legitimación. Empero se trata de supuestos diferentes. Ese hecho, más allá de las referidas semejanzas, presenta obstáculos para que se mixture su tratamiento, en un vano y estéril intento de generalización. Estas consideraciones determinan que resulte más conveniente el análisis separado de ambas garantías.” APARICIO, Juan Manuel. *Contratos Parte General*. Ed. Hammurabi, Bs. As. 2016, págs.. 405 y 406.

⁴ “Por otra parte, la metodología también supera, aunque en forma parcial, la deficiencia del Código de Vélez que ubica el tema en medio de los contratos particulares, al finalizar el tratamiento del contrato oneroso de renta vitalicia y antes de los contratos reales, entre los artículos 2089 y 2181. Decimos que el problema metodológico se supera parcialmente porque, si bien ahora se ubica el tema en la teoría general del contrato, en estricto sentido técnico jurídico hubiera sido preferible ubicarlo en una Parte General, en el régimen de los actos jurídicos porque el instituto refiere a cualquier transmisión de derecho o división de bienes. Aunque ha quedado inmersa en la materia contractual los redactores del texto emplean la palabra contrato solo en un artículo de los diecisiete que comprende, se alude siempre a la transmisión de bienes, que puede ser realizada por cualquier acto jurídico, no solo por un contrato.” NICOLAU, Noemí. “La obligación de saneamiento y la responsabilidad por evicción en el nuevo código Civil y Comercial de la Nación”. *Suplemento Especial Contratos*. Director Rubén Stiglitz. Ed. La Ley, Bs. As. Febrero 2015, pág. 145.

Este tipo de cláusulas resultarán ineficaces además en los contratos de consumo, donde se reputarán abusivas al limitar la responsabilidad del proveedor y, en cuanto a los contratos celebrados por adhesión, serán objeto de aplicación de los mecanismos de control previstos para este tipo de contratos.

En cuanto a las acciones derivadas de esta garantía, se observa una ampliación en las facultades del acreedor. Este puede exigir el cumplimiento de la prestación mediante el saneamiento del título o la subsanación del defecto material. También puede exigir un bien equivalente, si fuere fungible, acción que generalmente resultará procedente en el supuesto particular de los vicios ocultos. Finalmente le cabe la acción de resolución. El Art. 1039 que confiere tales acciones no establece un orden de prelación entra las mismas. Sin embargo, la resolución resultará el último recurso a tenor de lo dispuesto, en relación a la evicción en el Art. 1049, ya que el acreedor sólo tendrá derecho a declarar la resolución si los defectos en el título afectan al valor del bien a tal extremo que el adquirente no lo habría adquirido o su contraprestación habría sido significativamente menor o si una sentencia o un laudo produce la evicción; en cuanto a los vicios ocultos, el Art. 1057 impide al adquirente resolver cuando el defecto es subsanable y el garante ofrece la subsanación.

Si bien la garantía de saneamiento se regula como una responsabilidad objetiva, lo que se reafirma con el Art. 1043 que impide al obligado invocar su ignorancia o error, se establece también la posibilidad de acumular a las acciones enumeradas en el párrafo precedente, la reparación de daños. La responsabilidad por daños no resultará procedente en ciertos supuestos que tienen en cuenta la actuación del adquirente. Esto ocurre cuando éste conoció o pudo conocer el peligro de evicción o la existencia de vicios, o cuando la transmisión se hizo a su riesgo (Art. 1040 inc. a y c). La otra excepción a la responsabilidad por daños refiere al enajenante: cuando éste no conoció ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de los vicios (inc. b), extremo que obviamente deberá probar, inversión probatoria que hará difícil la liberación de la obligación de resarcir daños para al enajenante.⁵ Finalmente cuando la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa (inc. d). Se replica aquí, respecto a la posibilidad de acumular la

⁵ “Acerca de quién debe probar la buena o mala fe del transmitente, en el Código Velezano al tratar los vicios redhibitorios el artículo 2176 impone la prueba al adquirente, en cambio, el Código Civil y Comercial solo dice que el transmitente no paga daños cuando no conoció, ni pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios. Se interpreta por tanto que los mencionados extremos dejan de actuar como presupuestos de la acción de daños, para pasar a constituirse en eximentes de las que puede valerse –y deberá probar- el transmitente.” NICOLAU, N. Op. Cit., pág. 151.

acción de daños, lo previsto en el Art. 1038 inc. b) referido a la ineficacia de las cláusulas de supresión o limitación de la garantía. Es que las exenciones previstas en los incisos a) (conocimiento del adquirente) y b) (ignorancia del enajenante) no podrán invocarse si el enajenante actúa profesionalmente en esa actividad a menos que también lo haga el adquirente.

II.-A) Responsabilidad por evicción

El nuevo Código ya no exige la existencia de una sentencia judicial como requisito previo para el funcionamiento de la responsabilidad por evicción. Aunque es cierto que el Código de Vélez también contemplaba excepciones en las cuales operaba aún sin sentencia.

Si bien el Art. 1044 estipula que la responsabilidad por evicción asegura la existencia y la legitimidad del derecho transmitido, en el inc. c) incluye las turbaciones de hecho causadas por el transmitente, inclusión que no responde a lo afirmado en el acápite del mismo artículo.

Entre las exclusiones a esta responsabilidad se incluyen las turbaciones de hecho causadas por terceros y las de derecho provenientes de una disposición legal (Art. 1045 inc. a y b). Además la evicción no procede cuando resulta de un derecho de origen anterior a la transferencia y consolidado posteriormente (inc. c), aludiéndose así a un supuesto de prescripción adquisitiva donde el tercero consolida por prescripción su derecho, habiendo el plazo comenzado a correr con anterioridad a la transmisión del derecho. Tal exclusión de responsabilidad se atenúa con la expresión: "...el tribunal puede apartarse de esta disposición si hay un desequilibrio económico desproporcionado". En el código de Vélez se exigía al magistrado apreciar todas las circunstancias, lo que sin duda era más acertado ya que en definitiva lo que habrá que valorar es la diligencia de las partes en orden a interrumpir el plazo de prescripción, más que el equilibrio de las prestaciones.⁶

II.-B) Responsabilidad por vicios ocultos

⁶ "En verdad, la excepción está concebida en términos inextricables, que no tienen ningún precedente y que se encuentran desprovistos de toda conexión lógica de la hipótesis que debe ser resuelta. El único criterio que puede servir de fundamento a la excepción, es la apreciación de la conducta de quien puede ser el responsable de la prescripción, que cabe repetirlo ha logrado franco predominio en el derecho francés y fue incorporado al código de Vélez, antecedente del precepto comentado. El buen sentido, más allá de toda otra forzada disquisición, impone que debe seguir prevaleciendo tal entendimiento." APARICIO, Op. Cit., pág. 418.

El Art. 1051 del CCCN considera contenido de la responsabilidad por vicios ocultos a aquella que resulta de defectos del bien que el adquirente no conoció o debió haber conocido y que existen al momento de la transmisión; así como a los vicios redhibitorios considerándose tales a los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino o disminuyen su utilidad a tal punto que el adquirente de conocerlos no la habría adquirido o su contraprestación hubiese sido significativamente menor. Ambos supuestos, defectos ocultos y vicios redhibitorios se tratan en dos incisos diferentes de este artículo 1051 y como conceptos diferentes. Pareciera surgir del texto que los vicios ocultos fueran el género, comprendiendo todos los defectos ocultos no conocidos por el adquirente y existentes al momento de la transmisión, siendo los redhibitorios una especie de vicios más graves pues son aquellos que hacen a la cosa impropia para su destino disminuyendo su utilidad. Solo la existencia de estos últimos autoriza al acreedor a resolver el contrato (art. 1056). En el caso de vicios ocultos que no den lugar a la resolución, sólo cabrá exigir su subsanación más, en su caso, la indemnización de los daños.

Es el adquirente el que debe demostrar la preexistencia del vicio aunque si el enajenante actúa profesionalmente en la actividad que corresponde a la transmisión, la carga probatoria se invierte. Aparece aquí otra vez la consideración de la experticia de una parte frente a la otra.

II.-C) Contratos de consumo

Destacamos que si bien la regulación que pretende el Código Civil y Comercial es general y por lo tanto abarcativa de la categorización de contratos que el propio Código hace, teniendo en cuenta como se manifiesta el consentimiento, es decir en contratos paritarios, sometidos a cláusulas generales y de consumo, dicha fragmentación no se encuentra reflejada en el tema en estudio.

En el régimen del consumidor el legislador clasifica las garantías en dos grandes anaqueles, aplicables a las cosas muebles no consumibles y a los servicios, que pueden ser legales o convencionales, según fueren establecidas por la ley o por las propias partes(1)respectivamente.

El Código Civil y Comercial, en cambio, ha regulado expresamente la obligación de saneamiento (arts. 1033 y concordantes) incluyendo como especies a la evicción y los vicios redhibitorios (art. 1034), pero considerándola ahora como un supuesto de responsabilidad.

El art. 18 de la Ley de ley 24.240 dispone que el consumidor puede solicitar la aplicación de la garantía por vicios redhibitorios prescripta en el Código Civil de Velez Hubiera sido más

correcto que se hubiera modificado dicho artículo a los efectos de un coherencia con el régimen nuevo .

No obstante, en la práctica será difícil que el consumidor recurra al régimen del Código, ya que la garantía legal prevista en la ley de protección al consumidor para el caso de comercialización de cosas muebles no fungibles, es mucho más amplia. Esto por cuanto en el ámbito del derecho del consumo las normas que reglamentan la garantía legal en la comercialización de cosas muebles no consumibles tienen carácter imperativo, por tanto no pueden ser modificadas en perjuicio del consumidor, aunque sí cuando las modificaciones le resulten más favorables. El proveedor debe responder aún por los vicios aparentes y además no es necesario que éstos sean graves, cualquier defecto que impida el correcto funcionamiento de la cosa, da lugar al funcionamiento de la garantía. Finalmente, la garantía comprende cualquier defecto de la cosa que aparezca durante el plazo de la misma, sin que tenga el adquirente que probar su existencia al momento de la transmisión, siendo por el contrario el proveedor quien para eximirse de responsabilidad deba probar que el defecto se produjo por culpa del consumidor, de un tercero o por caso fortuito.

La primera acción con que cuenta el consumidor es requerir la reparación de la cosa. Cuando ésta no resulta satisfactoria se le brindan las siguientes opciones (art. 17 Ley 24240): a) pedir la sustitución de la cosa; b) devolver la cosa a cambio del precio de la cosa; c) obtener una quita del precio.

Tratándose de inmuebles entonces sí el consumidor deberá acudir a la responsabilidad por vicios del CCCN. En tal caso contará con la protección de que las cláusulas de supresión o disminución de responsabilidad se considerarán abusivas (arts. 988, 1117 y 1119 CCCN) o se tendrán por no convenidas (art. 1038 inc. b), además de la protección brindada por el art. 1040 último párrafo según el cual el enajenante profesional en la actividad no puede eximirse de responsabilidad por daños aunque no haya conocido o podido conocer el peligro de evicción o la existencia de vicios.

En cuanto a la prescripción de las acciones en el ámbito de los contratos de consumo, si bien el propio Código Civil y Comercial en el artículo 2564 establece que la prescripción por vicios redhibitorios es de un año, la ley de defensa del consumidor en su artículo 50 modificado por la ley 26994 dice “Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el

término tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.”

Fue suprimida la modificación realizada por la ley 26361 que prescribía que cuando por otras leyes generales o especiales se establezcan plazos de prescripción distinto al de tres años habrá de estarse al más favorable al consumidor o usuario.-

Entendemos que esta modificación reabre la discusión que se había dado en la doctrina .⁷

Sostenemos que cuando estamos frente a una relación de consumo se debería aplicar la norma del artículo 50 atendiendo a la jerarquía del principio constitucional de tutela del consumidor y a la pauta que suministra el artículo 3 de la dicha norma .-

⁷ “La doctrina muestra dos posturas al respecto. La primera sostiene que la aplicación del plazo de 3 años ha de restringirse a las acciones que tienen su origen en institutos regulados de manera expresa en la normativa de consumo, esta tesis ha tenido alguna recepción jurisprudencial antes de la reforma de la ley 26361 y se ha sustentado en la interpretación literal del precepto en cuestión, desconociendo los criterios rectores del microsistema de defensa del consumidor .La otra tesis, postula aplicar el plazo de prescripción del artículo 50 de la ley 24240(Ariza, Farina, Frustagli, Hernandez y Frustagli, Marquez) .Tal interpretación se sustenta en la amplitud de los instrumentos jurídicos diagramados por el legislador en procura de brindar una tutela integral al crédito del consumidor, a la vez que armoniza con el principio protectorio, cuya raigambre constitucional lo hace actuar como prima a través del cual ha de efectuarse la lectura de las normas inferiores. En la actualidad esta tesis concilia mejor con la nueva redacción del artículo 50 que introdujo la ley 26361 , donde se preceptúa que cuando por otras leyes generales o especiales se establezcan plazos de prescripción distintos al de tres años, habrá de estarse al más favorable al consumidor o usuario.-(conf. Fundamento de Derecho Contractual Tomo I Noemi Lidia Nicolau- Ariel Ariza. Sandra Frustagli.Carlos A Hernandez –Ediciones la Ley 2009)