

PONENCIA JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
COMISIÓN DE CONTRATOS
EFECTOS DE LA PROFESIONALIDAD EN MATERIA DE
OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO
Dr. Daniel E. Moeremans

i. Generalidades

El Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1036 prescribe que la obligación de saneamiento es, en principio, una cláusula natural en los contratos a título oneroso, y por lo tanto es disponible para las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. A su turno el art. 1037 establece que las cláusulas de supresión o disminución son de interpretación restrictiva. La cláusula de saneamiento se torna imperativa e indisponible, en cuanto a la supresión o disminución de la misma, en rigor en los supuestos previstos en el art. 1038. Este artículo establece: “La supresión y la disminución de la responsabilidad por saneamiento se tienen por no convenidas en los siguientes casos: a) Si el enajenante conoció, o debió conocer el peligro de la evicción, o la existencia de vicios; b) Si 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”. En cuanto a la responsabilidad por daños, el art- 1040 establece que “El acreedor de la obligación de saneamiento también tiene derecho a la reparación de los daños en los casos previstos en el art. 1039 salvo que a) el adquirente conoció o pudo conocer el peligro de la evicción o la existencia de vicios; c) si la transmisión fue hecha a riesgo del adquirente, c) si la adquisición resulta de una subasta judicial o administrativa. La exención de responsabilidad por daños previstas en los incs. a y b no puede invocarse por el enajenante que actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación, a menos que el adquirente también se desempeñe profesionalmente en esa actividad”.

Las disposiciones citadas encuentran su fuente en lo dispuesto en los arts. 1000 (disponibilidad), 1001 (interpretación restrictiva), 1002 (casos en que se las tiene por no convenidas) y 1004 (responsabilidad por daños) del Proyecto del Código civil y unificado del año 1998.

Estas disposiciones resultan más amplias que las previstas en el Código Civil derogado, en donde sólo se consideraba nula la convención de eximición de responsabilidad por evicción, siempre que hubiere habido

mala fe del transmitente (art. 2099 para la evicción y 2.166 para los vicios redhibitorios, todo ello en concordancia con el art. 507). A su turno, el art. 2100 establecía que “la exclusión o renuncia de cualquier responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la evicción, y el vencido tendrá derecho a repetir el precio que pagó del enajenante, aunque no los daños e intereses. El art. siguiente (2101) exceptuaba los casos siguientes: 1. Si el enajenante expresamente excluyó su responsabilidad de restituir el precio, o si el adquirente renunció expresamente el derecho de repetirlo; 2. Si la enajenación fue a riesgo del adquirente, 3. Si cuando hizo la adquisición, sabía el adquirente, o debía saber, el peligro de que sucediese la evicción, y sin embargo renunció a la responsabilidad del enajenante o consintió en que ella se excluyere, salvo en lo atinente a la obligación del propio enajenante por la evicción que proviniese de un hecho suyo, anterior o posterior (art. 2.102). En materia de vicios redhibitorios el art. 2169 prescribía que “La estipulación en términos generales de que el enajenante no responde por vicios redhibitorios de la cosa, no lo exime de responder por el vicio redhibitorio de que tenía conocimiento, y que no declaró al adquirente”, aclarando el art. 2170 que “El enajenante está también libre de responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio”. En materia de compraventa el art. 2176 prescribía que “Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste además de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optase por la rescisión del contrato”.

Por último, en materia de carga de la prueba, el art. 2.168 del Código de Vélez, prescribía que “incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino después”.

ii. Modificación convencional de la garantía

El Código Civil y Comercial prevé entonces dos supuestos en que se torna indisponible la obligación de saneamiento: a) Cuando el enajenante conoció o debió conocer el peligro de la evicción, o la existencia de vicios, lo cual es similar a lo establecido en el código derogado. En el Proyecto de 1998 se aclaraba que, si existían defectos parciales, la disminución o la supresión de la responsabilidad sólo se tiene por no convenida respecto de ellos (art. 1002 inc. a) 2º párrafo). Esta última solución no fue incorporada expresamente en el Código actual. b) cuando el enajenante

actúa profesionalmente en la actividad a que corresponde en la enajenación, salvo que el adquirente también actúe en este carácter. Según comenta Nicolau¹“esta solución se condice con la tendencia de exigir un alto grado de lealtad negocial a los profesionales de la actividad empresarial, pues supone una grave deslealtad ampararse en cláusulas exonerativa de responsabilidad cuando el profesional ignorara la existencia del vicio en el derecho transmitido por su falta de diligencia previa a la enajenación”. La Profesora Nicolau critica que no se haya incorporado la solución prevista en el Código de Vélez respecto de la llamada “cláusula de exclusión concebida en términos generales”, que Vélez había regulado en el art. 2100 citado y en el 2101, porque la exclusión de responsabilidad genérica es una cláusula que puede emplearse incluso de mala fe, para no aludir de manera expresa a la garantía de evicción. Ella considera que no podría aplicarse lisa y llanamente lo dispuesto en los arts. 1037 y 1038 porque ellos contemplan el caso expreso de la exclusión de responsabilidad por saneamiento. Cree que podría aplicarse el art. 1743²en algún caso que se refiere a la dispensa anticipada de la responsabilidad. La Profesora concluye que si existió dolo del enajenante, se aplica la solución de la norma, es decir es nula la cláusula y por lo tanto debe restituir el precio y pagar daños porque es de mala fe. Pero, si ninguna de las partes es de mala fe o ambas son de buena fe y siendo el negocio paritario, manifiesta que la solución es compleja. “producida la evicción si se interpreta que la cláusula es amplia y libera deresponsabilidad por saneamiento y también por daños, se haría en nuestra opinión, una interpretación injusta, porque el adquirente de buena fe pudo interpretar que la expresión “responsabilidad alguna” refería a los daños, pero que tendría derecho a la restitución del precio. En este caso se hace patente la carencia normativa. En cambio, no existe problema si se interpreta que la cláusula es nula porque producida la evicción el adquirente tiene el derecho de exigir el precio más daños, es decir, que el transmitente de buena fe debería pagar daños, pero según el art. 1040 se liberaría de ellos por su buena fe³”. Tenemos para nosotros que el Código derogado sirve de fuente de interpretación para la solución de los casos que puedan

¹La obligación de saneamiento y la responsabilidad, en Contratos en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Dir. Stiglitz Rubén, Edit. L.L, Bs.As. 2015, pg. 248

²Este artículo prescribe que: “Son inválidas la cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”

³Nicolau, ob. Cit. Pg. 249

presentarse y que la omisión de reproducir algunos principios, puede ser subsanado, como en el presente por la aplicación de la doctrina emergente del mismo⁴. En segundo término, debemos aclarar que esta problemática no se presenta en el supuesto de actuación profesional por parte del transmitente o enajenante, porque expresamente el último párrafo menciona que las soluciones previstas en los incs. a y b no se aplican al enajenante que actúe profesionalmente, salvo que el adquirente también lo haga en tal carácter. Es decir, que en caso de que se incluya en el contrato una cláusula exonerativa concebida en términos generales, la misma será inválida si el transmitente o enajenante actúa profesionalmente, salvo que el adquirente lo haga también en tal carácter.

iii. Actuación profesional

1. Generalidades

Tal como lo señala Santarelli⁵ la doctrina señaló ciertos indicadores para determinar cuándo existe una actuación profesional. Así “rescató la habitualidad, la necesidad de habilitación para el ejercicio de la actividad profesional, la presunción de onerosidad, la existencia de cierto expertise científico, técnico y/o práctico; como elementos para caracterizar como profesional el ejercicio de cierta actividad⁶” .

La actuación profesional debe ser en la actividad a la que corresponde la enajenación. Es decir que si se trata por ej. de una empresa inmobiliaria no puede exonerarse de responsabilidad por los departamentos que comercializa o enajena o de una concesionaria de autos, no puede exonerarse de responsabilidad por vicios ocultos o defectos de los vehículos que enajena, sean éstos nuevos o usados porque conoció o debió conocer los vicios de la cosa o su defecto, pues se trata de cuestiones propias de su actividad. Es por ello que debe soportar su propia torpeza, si a pesar de ser un profesional ignorara la existencia del vicio en el derecho transmitido o del defecto de la cosa por su falta de diligencia previa a la enajenación.

4

Véase **CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: SUBSISTENCIA DE REGLAS PREVISTAS EN TEXTOS YA DEROGADOS**, López de Zavalía, Fernando (h.), Publicado en: LA LEY 07/10/2016 , 1, Cita Online: AR/DOC/1526/2016.

⁵ Ley de Defensa del Consumidor Comentada, Edit. La Ley, T. I. pg. 44

⁶ Con cita a Alterini, A., y López Cabana, R. en Otro foco de tensión; expertos y profanos, en Responsabilidad civil, pg. 128, Bogotá 1995.

No es necesario que la actuación profesional se realice para sí en forma autónoma. La actuación del enajenante o transmitente no deja de ser profesional, si ejercita su actividad habitual en forma dependiente. Por ej. en el caso de un vendedor de autos de una concesionaria que enajena un vehículo propio, o de un tercero, pero no de su empleador, tal circunstancia no le quita el carácter de profesional, pues se trata del conocimiento que debe tener sobre las cosas o que debería tener y las diligencias que debe adoptar para evitar la enajenación o transmisión de cosas con vicios.

En tal sentido siendo profesional, la actuación profesional, siendo dentro de la actividad del enajenante, aun cuando sea el negocio concreto ocasional, se encuadra dentro de las previsiones del Código Civil y Comercial, a los efectos de considerar no convenida la cláusula de supresión o disminución de responsabilidad por la obligación de saneamiento o por la responsabilidad por daños.

2. Prohibición de dispensa de la obligación de saneamiento y la responsabilidad por daños

Como vimos, desde el punto de vista del Código Civil y Comercial, cuando el transmitente actúa profesionalmente en la actividad que corresponde a la enajenación no es admisible convencionalmente la dispensa de la obligación de saneamiento ni la responsabilidad por daños. Tal como lo remarcan Hernandez y Frustagli⁷ se pondera de este modo la profesionalidad del transmitente, que al importar experticia, acota los márgenes de liberación⁸.

Esta regla no se aplica cuando el adquirente actúe igualmente en la actividad en forma profesional. En este último supuesto, tal como enseñan Hernandez y Frustagli⁹, se produce una neutralización atendible, que reposa en la simetría de posiciones entre las partes de la relación negocial.

⁷Código Civil y Comercial de la Nación, T. VI, dirigido por el Dr. Ricardo Lorenzetti, Edit. RubinazalCulzoni, comentario art. 1041, pg. 72

⁸ También señalan que la solución es coincidente a la consagrada en el art. 18 inc. b de la ley 24240, que ordena la no aplicación al consumidor del derogado art. 2170 del código civil, en cuanto excluía la garantía cuando el adquirente por su oficio o profesión debía conocer la existencia del vicio

⁹Código Civil y Comercial de la Nación, T. VI, dirigido por el Dr. Ricardo Lorenzetti, Edit. RubinazalCulzoni, comentario art. 1041, pg. 73.

El principio se aplica sea el contrato paritario, sujeto a condiciones generales de contratación o un contrato de consumo, sin perjuicio en estos dos últimos supuestos de la aplicación de la normativa particular.

3. Carga de la prueba

En cuanto a la carga de la prueba, vimos que en materia de vicios redhibitorios el Código derogado establecía en el art. 2168 que “incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo se juzga que el vicio sobrevino después”.

En consonancia con esta regla la jurisprudencia había afirmado que “incumbe al adquirente demostrar que los vicios existían antes de la celebración del contrato de compraventa, que no le fue posible visualizarlos desplegando la normal diligencia y que el subsiguiente agravamiento constituyó una directa secuela de aquellas imperfecciones, por cuanto la imputabilidad de los enajenantes quedaría descartada si los defectos hubiesen aparecido posteriormente”¹⁰.

Sin embargo, la regla no era absoluta. Así se afirmó: que “Si bien en determinados supuestos cabría eximir a la compradora de la carga probatoria, tal dispensa solo cabe cuando el carácter oculto del vicio resulte evidente; en caso contrario esa carga incumbe siempre a la compradora (art. 2168 y 377 CPCCN), y tratándose de una compraventa mercantil la determinación de los vicios internos atribuidos a las cosas vendidas tiene que ser hecha por peritos (art. 476 CCom)”¹¹.

Más recientemente y por el efecto expansivo de la ley de defensa del consumidor en el caso “Artemis” la jurisprudencia afirmó: “...Esto, resulta indudablemente contrario a la diligencia exigible a un profesional avezado en su actividad especializada, que hace presumir su competencia; por ello el Código Civil, art. 2170, establece una presunción iure et de iure universalmente admitida, por lo que no puede ser opuesto al consumidor, toda vez que en su condición de “profano”, desconoce las complejidades técnicas del producto. En cambio, pesa sobre el “productor” la obligación de resultado, de poner en el comercio los productos que elabora sin defectos ocultos, por lo cual debe -sin excepciones- ser tratado como conocedor de éstos aunque en realidad los ignorara, siendo por tanto

¹⁰C.Nac. Com. Sala A, 29/10/1982, David Sordoni e Hijo SC v. Ricardo Ferrer, lexisOn line n° 11/7917, y C. Nac. Civ. Salas F, 31/3/1980, Staudt Juan P.G. y otra vs. Indiana S.A. Agropecuaria, D 91-479, citados por Marcelo López Mesa, Código Civil y leyes complementarias, Anotados con jurisprudencia, Edit. LexisNexis, T.III, pg. 707.

¹¹C. Nac. Com. Sala e, 10/9/86, Cárdenas Hnos. SA vs. De Griguori, Humberto” LexisOn Line n° 11/7895, citado por López mesa, ob. Cit. Pg. 708.

responsable por los daños ocasionados al consumidor (ley 24240, art. 18) e inadmisibles que el fabricante se excuse invocando que la garantía otorgada (ley 24240, cap. IV) cubre todo defecto constructivo o fallas de piezas que afecten su funcionalidad, con el acotado alcance de limitarse el cambio de piezas reconocidas como defectuosas por el constructor o su reparación sin asumir ninguna otra obligación”¹².

Por otro lado por aplicación del principio de la carga de la prueba dinámica, tratándose de un profesional, él debe acreditar que el bien fue entregado libre de vicios o defectos.

En el nuevo Código civil y Comercial se recepta en el art. 1053 inc. b) los principios mencionados anteriormente, ya que expresamente se establece que la responsabilidad por defectos ocultos no comprende: ...inc. b) los defectos del bien que existían al tiempo de la adquisición. La prueba de su existencia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión”. En tal sentido se ha señalado que: “En principio, conforme las reglas generales en materia de cargas probatorias, le compete al adquirente acreditar la preexistencia del defecto. Sin embargo, esta regla se exceptúa cuando el transmitente haya actuado en el ámbito de su experticia profesional. Esta solución que adopta el Código vigente contiene implícita una presunción iuris tantum de preexistencia del defecto que funciona en favor de la parte débil del contrato.....” Estos principios los consideramos consistentes a lo prescripto en materia de carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad civil¹³.

iv. Conclusiones

- 1. En caso de que se incluya en el contrato a título oneroso una cláusula exonerativa concebida en términos generales, la misma será inválida si el transmitente o enajenante actúa**

¹²C. Nac. Com., Sala A, 21/11/2000, Arte3mis Construcciones SA v. Dyon SA, Lexis Online n° 11/33584, citado por López Mesa, ob. Cit. Pg. 712

¹³ En efecto, los arts. 1734, 1735 y 1736 del Código Civil y Comercial prescriben que excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponden a quien los alega. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley le impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca. En cuanto a la prueba del daño, el art. 1744 prescribe que incumbe a quien lo alega, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

profesionalmente, salvo que el adquirente lo haga también en tal carácter.

2. La responsabilidad por saneamiento es dispensable cuando las dos partes actúan profesionalmente.
3. No es necesario que la actuación profesional se realice para sí en forma autónoma. La actuación del enajenante o transmitente no deja de ser profesional, si ejercita su actividad habitual en forma dependiente. Por ej. en el caso de un vendedor de autos de una concesionaria que enajena un vehículo propio, o de un tercero, pero no de su empleador, tal circunstancia no le quita el carácter de profesional, pues se trata del conocimiento que debe tener sobre las cosas y las diligencias que debe adoptar para evitar la enajenación o transmisión de cosas con vicios.
4. Con respecto a la carga de la prueba, el Código Civil y Comercial recepta los principios del Código de Vélez y la interpretación jurisprudencial en el sentido de que “la responsabilidad por defectos ocultos no comprende:inc. b) los defectos del bien que existían al tiempo de la adquisición. La prueba de su existencia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión”