

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil – UNLP 2017

Manifestación de la asimetría contractual: el profano frente al experto en la obligación de saneamiento

Comisión: Contratos

Ponentes: ZARATE, José M. y VALICENTI, Ezequiel A. (Cátedra Derecho de los contratos; Fac. de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires).

Conclusiones:

- a) Al regular la obligación de saneamiento, el Código Civil y Comercial recurre a la distinción entre *profesional experto* y *profano*, a los efectos de consagrar una tutela diferenciada y protectoria a favor de este último.
- b) El criterio adoptado por el Código Civil y Comercial al regular la obligación de saneamiento –recurriendo a la distinción experto/profano– es diferente al utilizado para determinar la existencia de un contrato de consumo –en el que se utiliza la noción de “consumo final”–. No obstante, los criterios resultan complementarios, pues, por un lado, mediante el *diálogo de fuentes* refuerzan la protección microsistémica a favor del consumidor (arts. 11 y 12, LDC) y, por otra parte, permiten la tutela de ciertos *contratos asimétricos* que no son de consumo.
- c) La disposición de normas protectorias del profano frente al experto en la obligación de saneamiento –y no ya de consumidor frente a proveedor– constituye una adecuada solución para el problema del “empresario consumidor”, es decir, de las relaciones contractuales asimétricas entre empresarios en las que una de las partes, es un *empresario vulnerable* (categoría que incluye a las pequeñas y medianas empresas, los pequeños comerciantes, los profesionales independientes).

1.- Estatus de la obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Defensa del Consumidor.

Al regular la obligación de saneamiento, el Código Civil y Comercial –en adelante, CCC– proyecta una regulación a partir de la distinción *experto-profano*.

Ello se observa, preliminarmente, en varias normas (arts. 1038 inc. b), 1040 útl. párrafo, 1053 inc. b)), las que analizadas en su conjunto permiten advertir una regla de control que impide que el profesional experto se libere de la obligación de saneamiento –y particularmente de la responsabilidad por defectos ocultos– en casos en que, normalmente, podría hacerlo. Resulta conveniente entonces repasar las normas que sostienen nuestra afirmación.

Preliminarmente, es oportuno advertir que el art. 1034 del Código –ubicado en la sección destinada a las disposiciones generales de la obligación de saneamiento, reglas comunes a las garantías de evicción y de vicios ocultos– establece que la responsabilidad del obligado se rige por las normas de esa sección, “*sin perjuicio de las normas especiales*”. En la lectura que desarrollamos eso es importante pues, como veremos, permite efectuar un diálogo de fuentes entre las reglas generales fijadas en el Código y las normas microsistémicas establecidas en la Ley de Defensa del Consumidor –en adelante, LDC–¹.

Establecida la obligación de saneamiento en cabeza del transmitente de bienes a título oneroso (art. 1033, CCC), el art. 1036 consagra la disponibilidad de la garantía, al establecer que las partes pueden “*aumentarla, disminuirla o suprimirla*”. La regla general es un desprendimiento directo de la autonomía privada que sostiene el contrato paritario o negociado (art. 958 y 962, Cód. cit.).

No obstante, el propio art. 1036 *in fine* sugiere una excepción a la regla de la disponibilidad, para lo cual debemos remitirnos al art. 1038 del Código. Este último especifica que, “*la supresión y la disminución de la responsabilidad por saneamiento se tienen por no convenidas (...) 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*”. Aquí encontramos entonces la consagración de una

¹ Sobre el diálogo de fuentes en el derecho del consumidor ver, SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el Derecho el Consumidor argentino”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, p. 270 y ss; LIMA MARQUES, Claudia, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Bs. As., 2015, T. I, p. 147.

tutela diferenciada a favor del profano frente al experto. En el punto siguiente evaluaremos detalladamente la extensión de esta excepción que, por lo demás, aparece reiterada en otras normas.

Así, el art. 1040 del Código al regular la responsabilidad por daños, luego de fijar la regla de la responsabilidad, delimita una serie de excepciones en los incisos a] a d]. Sin embargo, en el último párrafo aclara que las excepciones relativas al adquirente que conocía o pudo conocer el peligro de evicción o la existencia de vicios (inc. a]) o la fijada para el caso en que el enajenante no conoció o no pudo conocer tales peligros (inc. b]), no pueden 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”*. La regla general y común a la evicción y a los vicios ocultos, se reitera luego para esta última garantía en el art. 1053 del Código al reglar la prueba de la calidad de “oculto” del vicio.

Por lo demás, toda arquitectura normativa de protección al profano se completa con una regla de interpretación especial consagrada en el art. 1037 del mismo Código, de acuerdo al cual *“las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad por saneamiento son de interpretación restrictiva”*.

Ahora bien, la tutela diferenciada en materia de obligación de saneamiento no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. El microsistema de defensa del consumidor consagra un régimen de garantías propio en la cual se protege al contratante débil –el consumidor– frente al proveedor que transmite la propiedad de una cosa. Específicamente, respecto a las garantías sobre cosas muebles no consumibles se excepciona la necesidad de que el defecto sea oculto, ampliando la protección aún a los casos en que los vicios *“hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato”* (art. 11, LDC), regla que constituye una expresión particular del criterio general que repasamos (art. 1053, últ. párr. con relación al inc. a], CCC). En efecto, la remisión del art. 18 de la LDC a los viejos arts. 2176 y 2170 del Código Civil derogado, deben ser ahora leídas como remisiones a lo dispuesto en los arts. 140 inc. a] y b], y 1038 inc. b] del CCC, respectivamente.

De la síntesis normativa descrita se desprende entonces que el ordenamiento jurídico consagra tutelas diferenciadas al regular la obligación de saneamiento. No

obstante, las tutelas se construyen sobre fundamentos o criterios diferentes. Así, las normas generales consagran la protección del profano frente al experto, mientras que las del microsistema del consumidor consagran la protección del consumidor frente al proveedor. Los criterios no dejan de ser diferentes. Recordemos que el binomio experto-profano, aun cuando implícitamente sostiene las razones de protección del consumidor, no es el *criterio jurídico* que sustenta la noción de relación de consumo, de consumidor y de proveedor –en el cual, los conceptos se constituyen en torno a la idea de “consumo final”².

Frente a esto, resulta ineludible preguntarse si resulta adecuado el punto de vista adoptado por el legislador en el Código Civil y Comercial. En nuestra opinión, que adelantamos aquí y desarrollaremos luego, la diferencia resulta complementaria y, mejor aún, útil. a) Por un lado, mediante el diálogo de fuentes se refuerza la protección microsistémica a favor del consumidor (arts. 11 y 12, LDC), por otra parte, se permite la tutela de ciertos contratos asimétricos que no son de consumo.

Es que con la tutela del profano –y no ya del consumidor– se ampara una serie de casos que no pueden considerarse contratos de consumo y, por lo tanto, no pueden beneficiarse de la protección microsistémica. Se trata de una serie de contratos asimétricos que no son de consumo, en los que se encuentra la problemática categoría del “empresario consumidor”.

2.- La protección del profano frente al experto en la obligación de saneamiento. Los casos comprendidos y la tutela aumentada.

² En los Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión redactora se aclara que “en la definición [de la relación de consumo] se utiliza como elemento de calificación al consumo final” (en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Infojus, Bs. As., 2012, p. 637).

Ver, entre muchos, y especialmente con relación a la recodificación del Derecho del consumo, ² HERNÁNDEZ, Carlos A. – “Relación de consumo”, en HERNÁNDEZ, Carlos A. y STIGLITZ, Gabriel – *Tratado de Defensa del consumidor*, La Ley, Bs. As., 2016, T. I, p. 419; HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A. – “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor”, en *Jurisprudencia Argentina*, fasc. del 31/10/12, p.18; SOZZO, Gonzalo – “La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-3, p. 474; ZENTER, Diego H. – *Contrato de consumo*, La Ley, Bs. As., 2010, p. 77; RUSCONI, Dante – “Influencia del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en el Estatuto del Consumidor”, en *Jurisprudencia Argentina* 2012-IV, p. 1449.

2.1.- La tutela aumentada

Apuntada la diferencia de criterios, hemos sostenido que el tratamiento tuitivo de del profano en la obligación de saneamiento incluye, pero excede, la relación de consumo.

En otras palabras, existen casos que –aún cuando quedan excluidos de la relación de consumo– quedan amparados por la protección al profano que consagra el tema en el Código. Es que el profano no es necesariamente y en todos los casos un consumidor (sólo lo será cuando la adquisición del bien tenga un destino final). Conflictos de esta especie se han planteado, desde hace algunos años con relación a la garantía de buen funcionamiento de cosas bienes muebles no consumibles en contratos que presentaban dificultades para ser encuadrados bajo el concepto de relación de consumo.

El *leading case* en este sentido es el caso “Artemis c Diyón SA”, del año 2001. Se trataba de una empresa constructora que había adquirido un vehículo utilitario para el traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales durante la supervisión de las obras. Frente a los desperfectos del vehículo la empresa adquirente invocó la calidad de consumidora, pretendiendo el amparo de la tutela microsistémica. El tribunal concluyó que se estaba en presencia de un consumidor final pues la empresa había adquirido el bien para utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer necesidades empresariales y no para proceder a su comercialización (en el estado que lo obtuvo o transformado)³.

Sin ingresar en el debate acerca de si el caso constituye o no un contrato de consumo⁴, creemos que, bajo la nueva regulación, el caso resolverse recurriendo a razones diferentes. En efecto, resulta clara que la empresa constructora resulta una *experta* en las actividades concernientes a su actividad, pero es un absoluto *profano* en lo que excede a la misma, particularmente, en la adquisición de un vehículo automóvil. Respecto a este último contrato se encuentra en la misma situación de *profanidad* que cualquier persona que

³ Cam. Nac. Com., sala A, “Artemis Construcciones SA c. Diyón SA y otro”, del 21/11/2001, en *La Ley* 2001-B, p. 838.

⁴ Hemos analizado con detalle todos los criterios de ingreso al microsistema con relación al empresario consumidor en VALICENTI, Ezequiel A., “El problema del empresario-consumidor. Las relaciones contractuales asimétricas entre empresarios”, en *RDCO*, 281 (nov.-dic. 2016), p.657 y ss.

podiera ser considerada consumidora. Distinta es la situación si esa misma empresa adquiere, por ejemplo, piso parque para colocar en la construcción que desarrolla⁵.

En el caso, el enajenante no podría escudarse en la calidad de empresario del adquirente para endilgarle que debió haber conocido la existencia del vicio y, en su caso, cargarle la prueba de que se trataba de un defecto oculto (art. 1040 y 1053, CCC).

Lo que intentamos señalar es que, bajo la nueva normativa es posible obtener los mismos resultados tuitivos pero ahora recurriendo a una construcción adecuada que evita el forzamiento de los conceptos y reglas basales del microsistema de consumidor. En otras palabras, la protección del profano se independiza de la noción de consumidor y de esta manera es posible incluir en la protección a otros sujetos que participan de *relaciones contractuales asimétricas* sin realizar un consumo final, situación en la que se encuentran los empresarios vulnerables (pequeñas y medianas empresas, pequeños comerciantes, profesionales independientes).

2.2.- La determinación de los casos comprendidos

Por otra parte creemos que el Código establece un adecuado mecanismo para la determinación de los casos (contratos) que quedan comprendidos en la protección del profano. Es que en todas las normas descriptas *ut supra*, surge que inequívocamente el criterio adoptado ha sido la calidad *profesional en la actividad que corresponde a la enajenación*. Quien actúa en el marco de esa actividad es un *profesional experto*; quien no, es un profano.

De esta manera, se adopta una pauta que era extraña a nuestro sistema –aunque utilizada en el Derecho europeo⁶–: la calidad de profesional es lo que determina o no el

⁵ Cam. Nac. Com., sala B, “Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA”, del 03/12/03, en *Rubinzal Online*, cita: RC J 2951/04.

⁶ El Código de Consumo de Italia califica al consumidor como “*la persona física que adquiere para fines extraños a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada*” (art. 3.1); España, en su Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (ley 3/2014) considera que son consumidores “*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*” (art. 3); en Alemania, el BGB establece en su § 13 que es consumidor “*toda persona natural que celebra un negocio jurídico con una finalidad que no guarda relación con su actividad profesional empresarial o autónomo*”.

domino de la prestación y, por lo tanto, la posición privilegiada en la relación contractual⁷. Es decir, se verifica la existencia de una *asimetría* derivada del conocimiento experto que rodea al bien objeto del contrato. Insistimos: una empresa constructora es una experta en su actividad y por ende, en el contrato de obra y otros contratos derivados, pero es un absoluto profano en otras áreas económicas, por ejemplo, en los contratos bancarios. En un caso, a nuestro juicio adecuadamente resuelto, se desestimó la acción intentada por un mecánico respecto a la adquisición de un repuesto, pues se consideró que estaba destinado al área de profesionalidad que le era propia⁸. Normalmente, dependerá del caso concreto determinar si la adquisición se efectúa o no en el marco del desarrollo de la actividad profesional del adquirente.

Bajo estas pautas, se avanza hacia la identificación de otros *contratos asimétricos* que no son necesariamente de consumo, de manera coherente con otras normas también incluidas en la parte general (arts. 989 y ss, CCC). Con las normas repasadas, es posible incluir relaciones contractuales en las que ambas partes sean empresarios (que, frente a terceros, en la relación de consumo son proveedores).

Por lo tanto, según anticipamos, se complementa la protección de los empresarios vulnerables que difícilmente pueden ser incluidos en la protección del consumidor.

Una manifestación de lo que señalamos se verifica en el art. 1055 del Código que, al regular la caducidad de la garantía por defectos ocultos en cosas muebles, fija el plazo perentorio de seis meses para exigirla, computado desde que el adquirente recibió la cosa mueble o la puso en funcionamiento. Se trata de una medida similar a la fijada en la LDC (art. 11).

⁷ Destacamos, no obstante, que para algunos autores, la relación de consumo se determina por la verificación o no de un *acto profesional*. Es decir, para que el sujeto resulte amparado por las normas del microsistema debe tratarse de un acto que ocurre fuera del ámbito de la actividad profesional específica del empresario, profesional o comerciante (HERNÁNDEZ, Carlos A. y FRUSTAGLI, Sandra A. – “Aspectos relevantes de la relación de consumo...”, cit, p. 18; ARIAS, María Paula – “Las fronteras de la noción de consumidor...”, cit., p. 166; Kemelmajer de Carlucci en su voto en SCJ Mendoza, “Sellanes, Elian c. Fravega SAICEI”, del 12/10/06, en RCyS 2007-386; CHAMANTROPULOS, Demetrio A. y NAGER, María Agustina – “La empresa como consumidora”, en DCCyE 2012 (abril), p. 117). Si seguimos esta postura, la protección acordada al profano en la obligación de saneamiento en el Código Civil y Comercial se superpone (y dialoga) con la protección al consumidor en la LDC.

⁸ Cam. Nac. Com., sala A, “Altieri, Osvaldo A. c. Juntas Ciccarelli SRL”, del 07/10/2013, en RDCO n° 268, p.401.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el enajenante, que domina la prestación principal del contrato, recurrirá a la utilización de contratos previa y unilateralmente redactados, convergerán una serie de normas que inhibirán cualquier intento de restricción de la garantía de saneamiento –y especialmente, la de vicios ocultos–, como la limitación de aquel plazo de caducidad, la restricción de los daños reparables, la identificación de casos excluidos, etc. Si se trata de un profano, en tanto parte débil de la relación, se aplicarán las limitaciones que repasamos respecto a las cláusulas que, de cualquier forma, limiten o supriman la garantía (arts. 1038, 1040 y 1054, CCC), de modo concordante con el régimen de cláusulas abusivas de contratos celebrados por adhesión (art. 988, CCC).

Además, la protección del profano se verá canalizada por la confluencia de las reglas especiales de interpretación, especialmente la que indica la interpretación restrictiva de aquellas cláusulas limitativas (art. 1037, CCC) y la interpretación *contra estipulationem* del contrato (art. 987, Cód. cit.).

En síntesis, se asegura la protección del sujeto más débil de la relación sin recurrir a las normas del microsistema del consumidor. De esta manera, es posible avanzar hacia una nueva etapa en el Derecho argentino en materia de *contratos asimétricos*, en la cual ya no es necesario forzar la aplicación de un estatuto protectorio específico, como lo hacían los precedentes en los que se aplicaba la ley de defensa del consumidor a las acciones que efectuaban empresarios “no consumidores” por vicios en la materialidad o funcionamiento de las cosas muebles adquiridas⁹. Además de las dificultades estrictamente metodológicas, no puede dejar de destacarse que, frente a planteos similares, muchas veces las soluciones jurisdiccionales se enfrentan, afectando la seguridad jurídica y por ende, el sistema en su

⁹ Previos al Código, enumeramos los siguientes precedentes jurisprudenciales, aunque sin uniformidad de criterios: Cam. Nac. Com., sala B, “Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA”, del 03/12/03, en *Rubinzal Online*, cita: RC J 2951/04; Cam. 1° Civ. y Com. La Plata, sala III, “Hernández, Daniel c. Ancona SA y ots.”, del 23/03/07, en *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 29/08/07; Cam. Nac. Com., Sala C, “Tacco Calpini SA c. Renault Argentina SA”, del 06/03/09, en *Jurisprudencia Argentina* 2009-III, p. 190; Cam. 1° Civ. y Com. San Isidro, sala I, “Tartaglino, María J. c. Andecam SA y otro”, del 01/12/11, en *RCyS* 2012-IX, p. 184; Cam. Civ. y Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, “Vizzari, Omar A. c. Mediterráneo Capillitas SA y ots.”, del 17/09/13, en *LL Gran Cuyo* 2014, p. 173; Cam. Civ. y Com. San Isidro, sala II, “Bellagamba, Mariano S. c. Volkswagen Argentina SA y otro”, del 17/08/2010, en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/59620/2010.

conjunto. Con todo, la resistematización propuesta por el Código arroja herramientas más claras para evitar estos desfasajes.