

**\_COLUMNA DE OPINIÓN**

## El abuso procesal judicial

Jorge W. Peyrano

Desde antiguo (1) hemos sostenido que existe un abuso procesal judicial -también conocido como "abuso de poder" (2)- a la vera del abuso procesal (3) más habitual que es el proveniente de la conducta en juicio de las partes y sus letrados. Tan es así que, en su momento, propiciamos una descripción del abuso procesal abarcativo de ambas vertientes y concebido en los siguientes términos: es un inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir cualquiera de los sujetos -principales o eventuales- intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso (4).

Es fuerte la corriente de opinión doctrinaria que acepta y estudia la categoría del abuso procesal judicial. Así, Guillermo Peyrano (5), Balestro Faure (6), Gelsi Bidart (7) y Abraham Vargas (8), entre muchos otros.

Cabe acotar que el Derecho Administrativo ha examinado cuidadosamente el "abuso de poder" cometido por órganos estatales, llegando a conclusiones interesantes para el mejor análisis de figuras unidas por lazos de parentesco, cual es el caso del abuso procesal judicial. Dichos lazos no han pasado inadvertidos por la doctrina especializada (9).

Por de pronto, cabe acotar que parece prevalecer en el ámbito del Derecho Administrativo la terminología "desviación de poder" (10) para denotar el abuso de poder administrativo derivado del accionar de órganos estatales. El término "desviación de poder" alude más claramente a la traición de las finalidades asignadas por el ordenamiento jurídico y no a la vulneración de una disposición en particular. Concurre "desvia-

CONTINÚA EN PÁGINA 8

## Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación

Marcelo J. López Mesa

**SUMARIO:** I. El Código Civil y Comercial y el contrato de obra. — II. Los sujetos del contrato "de construcción" o de obra. — III. Alcance de las obligaciones de ingenieros, arquitectos y constructores. — IV. La responsabilidad de arquitectos y constructores en el nuevo Código. — V. Necesidad de la denuncia de los vicios ocultos bajo pena de caducidad. — VI. Observaciones.

➔ En el contrato de obra el empresario es el único responsable de los resultados de la obra y no tiene subordinación jurídica con el dueño. En suma, dirige las tareas sobre las que el contratista sólo tiene un poder de contralor final, de modo de verificar si el resultado es el querido; y si bien es cierto que podría tolerarse alguna colaboración por parte de este último, no cabría admitir una participación de tal magnitud que convirtiese al empresario en simple auxiliar. Por ende, el contratista no podría pretender excusar su incumplimiento de la *lex artis* en instrucciones de su comitente.

### I. El Código Civil y Comercial y el contrato de obra

El nuevo Código ha incorporado en esta materia modificaciones de fondo y de forma, que han cambiado el rostro del viejo contrato de locación de obra, que reglaba el Código de Vélez, en sus arts. 1629 y ss.

La regulación del "contrato de obra" por parte del nuevo Código recepta en general la regulación que proponía darle a esta temática el denominado Proyecto de 1998 (1), el que suministra a la ley 26.994 no sólo la denominación del contrato —y del capítulo dedicado a regularlo—, sino los títulos de sus secciones y hasta buena parte del contenido de tales segmentos.

El nuevo ordenamiento ya no menciona al "contrato de locación de obra", ni muestra en esta regulación los perfiles con los que el derecho tradicional argentino había configurado a tal contrato, siguiendo al Código de Vélez; ahora se denomina "contrato de obra", quitándose toda mención de la locación.

Ello provoca diversos cambios sustanciales, pero un primer cambio terminológico: ya no podrá mencionarse como sujetos de este contrato a locador y locatario. En adelante, por imperio del nuevo texto legal vigente los sujetos del contrato de obra serán el contratista o empresario y el comitente o dueño de la obra. La adecuación terminológica ha seguido los usos y nomenclaturas del ámbito de la edificación y de la transacción inmobiliaria.

En lo tocante a lo metodológico se ha dicho que en esta nueva regulación "se verifica un importante progreso sobre el derecho vigente, en tanto el Proyecto persigue: 1) Sustraer al contrato de obra de la lógica de las locaciones; 2) Marcar criterios para la diferenciación entre el contrato de obra y el de servicios, sin negar los puntos en común que presentan, los cuales se expresan en las disposiciones generales aplicables a ambas especies; 3) Mantener subsistentes, y en lo pertinente, las normas especiales antes referidas. Por lo demás, y en lo sustancial, el Proyecto resuelve conflictos hermenéuticos que actualmente generan tensiones en el ámbito judicial e introduce soluciones novedosas" (2).

Algunas de estas ventajas son ciertas; es más, cabría incluso sumar otras virtudes, como la expresión clara de que algunos plazos son de caducidad (3), cuáles son los

plazos de garantía y de prescripción de los vicios ocultos en la construcción, habilitar expresamente la facultad de inspección del comitente, establecer un plazo de garantía, etc.

Pero, aún así, el resultado del nuevo régimen en esta temática no es el mejor, ni el que podría haber sido, en caso de aprovecharse la oportunidad de la reforma para dotar al país de un régimen moderno y previsible, ajeno a dubitaciones y disputas sobre su alcance y hermenéutica.

Incluso personas que han expresado una opinión en principio favorable al nuevo régimen no se han privado de indicar que "en el Contrato de Obra del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación... se utiliza una terminología más moderna, se introducen algunas disposiciones nuevas interesantes, otras que parecen disvaliosas, otras que, bienvenido sea, completan lagunas que tenía nuestro Código Civil, en especial en materia de plazos de garantía y de prescripción; y elimina otras sin mucha explicación" (4).

Es que, más allá de los cambios, el nuevo Código dista de ser perfecto, incurriendo en contradicciones, omisiones, vacíos, que mellan la calidad del trabajo encarado, al menos en esta cuestión.

Se ha apuntado con agudeza que "el nuevo Código Civil y Comercial plantea difíciles interrogantes acerca de la responsabilidad de los distintos agentes del proceso constructivo: disposiciones contradictorias dentro de su mismo texto, reenvíos continuos e imprecisos que dificultan su entendimiento

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN. El abuso procesal judicial

Jorge W. Peyrano..... 1

### DOCTRINA. Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación

Marcelo J. López Mesa ..... 1

### NOTA A FALLO. Débito de tarjeta de crédito en la cuenta corriente bancaria

Eduardo Barreira Delfino..... 9

### JURISPRUDENCIA

SALDO DEUDOR DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA. Orden a la entidad bancaria de excluir las deudas originadas en el sistema de tarjeta de crédito. Incumplimiento de la ley 25.065. Orden público. Irrenunciabilidad de derechos. Procedencia parcial de la ejecución (CNCom.)..... 9



# Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y constructores por vicios de edificación

VIENE DE TAPA

y armonía, normas ratificadas por la misma ley que sanciona a aquél, pero que disponen en sentido divergente con él soluciones jurídicas que conculcan derechos constitucionales, etc.” (5).

Seguidamente analizaremos lo relativo a la regulación de los vicios aparentes y ocultos en el nuevo Código y dejaremos para otro artículo, para no fatigar la atención del lector, lo concerniente a la ruina de la obra y su inviabilidad para el destino a que se proyectara dedicarla.

## II. Los sujetos del contrato “de construcción” o de obra

Bien se ha expuesto que “el de edificación es un proceso complejo, en el que intervienen... numerosos agentes, entre los que median relaciones jurídicas diversas, que pueden ser configuradas o no, según los casos, como contratos de obra. Lo son, por ejemplo, el contrato en cuya virtud se encarga a un arquitecto o ingeniero la elaboración de un proyecto, o a un constructor la construcción de un edificio; pero no es de obra, sino de servicios, el contrato por el que se encarga a un arquitecto la dirección técnica de la construcción. Por otro lado, está claro que puede haber contratos mixtos o complejos, como ocurre cuando se encarga a un arquitecto tanto la elaboración del proyecto como la dirección técnica de la construcción. Y también que caben las subcontrataciones, que pueden dar lugar a nuevos contratos de obra: por ejemplo, el constructor que encarga a una empresa especializada la instalación eléctrica del edificio” (6).

Los sujetos intervinientes en el contrato de obra son normalmente los siguientes:

a) *el comitente o dueño de una obra*, que es quien encomienda la construcción de un inmueble y debe pagar el precio del mismo como contraprestación, además de prestar su colaboración imprescindible para el correcto desarrollo de la labor de los contratistas de obra (7). En palabras del maestro Albaladejo: “la obligación fundamental del dueño es la de pagar el precio de la obra en la forma, cuantía y tiempo convenidos” (8). El pago del precio pactado a cambio de la obra es fundamental, porque habilita al comitente a reclamar la contraprestación, con el nivel de concreción que el precio involucre (9).

El nuevo Código como ya no habla de *locación de obra* tampoco permite llamarle *locatario* al comitente, debiendo juzgarse a esa como una nomenclatura perimida.

El *comitente* es quien encomienda la obra al *contratista de obra* individual o a la empresa constructora, estando interesado en el resultado final de aquélla, sea para usarla él o para venderla luego a sus usuarios, caso éste en que el comitente se identifica con la figura del *promotor* (10).

Según el art. 1251, CCyC, el comitente en el contrato de obra o de servicios es el beneficiario en favor de quien el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obligan a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.

En la actualidad en el contrato de obra han ingresado al juego en calidad de promotores edificios jugadores nuevos, que se han transformado en importantes comitentes, como los *fideicomisos de inversión*, que antes ni siquiera se sospechaba que entrarían al ruedo y, menos aún, que lo harían para desempeñar el ingente rol que últimamente han asumido;

b) *el constructor, empresario o contratista*, que es quien ejecuta la obra y tiene a su cargo una obligación de resultado de índole material (11). “Su obligación fundamental es la de realizar y entregar la obra según lo pactado. Cuando se conviene que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente” (12);

Son los obligados a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servi-

cio, mediante una retribución, en favor del comitente. Puede tratarse tanto de un empresario o constructor individual (una persona física) o una empresa y normalmente la persona del obligado es irrelevante, salvo que haya sido tenida en cuenta al momento de contratar por sus condiciones especiales para el trabajo (ejemplo, un frentista experto, para colocar determinados revestimientos que exigen cierto arte, o la colocación de molduras de difícil factura; o la construcción de un maestro de obras experto en lidiar con un terreno difícil a causa de su consistencia variable o la existencia de aguas subterráneas a escasa distancia del nivel del suelo y de complejo manejo; o un experto en el manejo de materiales inusuales para la zona, como la piedra maciza en lugar del ladrillo o nuevos materiales, como contenedores marítimos, como armazón de inmuebles, etc.

La construcción de un edificio, sobre todo cuando el encarado es de alguna magnitud o cierta complejidad de servicios, exige la colaboración de una gama de prestadores especializados —*carpinteros, azulejistas, plomeros, gasistas, electricistas, etc.*—.

Por lo general resulta indiferente, hasta cierto punto y dentro de un similar nivel operativo y de capacitación, la persona del prestador; ello, salvo que se haya contratado exclusivamente con uno determinado en razón de tratarse de una obra de especiales condiciones que no cualquiera en ese gremio puede acometer, como hallar agua termal en napas profundas, para encarar a partir de ese insumo un determinado objetivo, como instalar una pileta termal climatizada, por ejemplo; o la realización de terminaciones de nivel artístico en el edificio, por caso en la entrada o palieres, lo que requiere cierto virtuosismo artístico.

c) *el proyectista*, es necesariamente un profesional que proyecta —“dibuja”— la obra y debe confeccionar y suscribir sus planos, por lo que compromete un resultado de tipo intelectual (13);

d) *el calculista*, que es quien, en grandes obras o en trabajos que requieren de gran especialización, efectúa por derivación del proyectista la tarea de realizar los cálculos de bases y estructura, de resistencia de materiales, de grados de inclinación admisible del edificio, de comportamiento de la obra ante medios físicos como el suelo, el agua

o el viento, etc.; muchas veces, en obras pequeñas o medianas, este rol lo cumple el propio proyectista (14); y

e) *el director de la obra*, que por razones legales debe ineludiblemente ser un profesional —*Arquitecto, Ingeniero Civil o Maestro Mayor de Obras en obras pequeñas*—, tiene el deber primario de vigilar e inspeccionar los trabajos, esto es, que la obra se ejecute conforme esté previsto en los planos y documentación contractual, y en los plazos y términos convenidos. El director debe dirigir los trabajos y dar las directivas necesarias para su ejecución, sin que pueda delegar sus funciones más allá de lo razonable (15).

En un párrafo brillante, que puede ser extrapolado —*mutatis mutandi*— a nuestro ordenamiento, dicen sensatos juristas españoles que “si la obra consiste en la construcción de un edificio, el proceso constructivo es muy complejo, y en él intervienen una pluralidad de personas, entre las que median contratos diferentes. Pero no todos ellos son parte necesariamente de un mismo contrato de obra, ni tampoco de un contrato de obra. Desde este punto de vista, sólo son sujetos de un contrato de obra quienes lo han celebrado. Otra cosa es que, precisamente por las peculiaridades de este contrato, sobre todo cuando su objeto es la construcción de un edificio, para llevarlo a efecto sea necesaria la intervención de determinados profesionales (arquitectos, ingenieros, arquitectos o ingenieros técnicos: art. 13, LOE.), así como que haya una interrelación muy estrecha entre todos los intervinientes en el proceso constructivo, y ello determine una cierta difuminación de los límites personales del contrato de obra. Esto ocurre, con toda claridad, en materia de responsabilidades y garantías, cuya regulación, ya desde el art. 1591 (y con toda claridad en la LOE) va más allá de los estrictos límites del contrato de obra, para alcanzar, genéricamente, a quienes han intervenido en el proceso constructivo (arquitectos o ingenieros, promotores, constructores). También puede verse en el art. 1596, que hace al contratista responsable del trabajo ejecutado por las personas que haya ocupado en la obra, o en el art. 1597, que concede limitadamente a los subcontratistas acción directa contra el dueño de la obra” (16).

Habiendo descripto brevemente los perfiles y funciones de los sujetos del contrato de obra, es dable aseverar que el comitente

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “Contrato de obra en el Proyecto de Código, Lagunas sobre garantías y plazos de prescripción”, LA LEY, 2012-E, 724.

(2) HERNÁNDEZ, Carlos A., “Sobre algunos aspectos del contrato de obra en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en DCCyE 2012 (octubre), p. 199.

(3) Igualmente, dado el raro sistema de caducidad establecido por la ley 26.994, que se aparta de buena parte del derecho comparado para seguir de cerca algunas ideas de un autor catalán —al parecer Francisco Rivero Hernández—, dando acogida a un régimen —como mínimo— difícil de aprehender, tal ventaja en la práctica habrá de amenguarse bastante (Vid. LÓPEZ MESA, M., “La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en LA LEY, 2015-E, 903).

(4) YMAZ VIDELA, Esteban, “El contrato de obra en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 07/08/2015, p. 1.

(5) BERTONE, Sergio O., “El nuevo Código, los procesos constructivos, y la responsabilidad civil de empresarios, comitentes y profesionales liberales: un modelo para armar, y para desarmar”, en DJ, año XXXI, Nº 03, ps. 1 a 20, esp. p. 1.

(6) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos - DE PABLO CONTRERAS, Pedro - PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel - PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 600, § 253.

(7) Se decidió en un caso que tratándose de un contrato bilateral en el cual se encuentra a cargo del comitente la “obligación de hacer lo que de él y sólo de él depende para que el empresario esté en condiciones de realizar la obra”, para que el resultado se ajuste a las reglas del arte, y apareciendo el incumplimiento a este respecto, en lo referente al deber de cooperación que le asiste, como factor decisivo para el fracaso de la labor, estando óptimamente cumplida la tarea a cargo del locador, no puede responsabilizarse sino al dueño de la obra de la frustración del resultado (CCiv. y Com. Santa Fe, sala II, 19/3/92, “Balbi, Omar R. c. Mauro, Italo”, Juris, 89-561).

(8) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”, 11ª edic., Ed. Bosch, Barcelona, 2002, actualizada por Fernando Reglero Campos, p. 735; en igual sentido, CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral”, Ed. Reus, Madrid, 1985, 12ª edic., t. 4, p. 516.

(9) En un fallo se dijo correctamente que en el contrato de obra el precio es un elemento de juicio esencial para apreciar la justicia de las exigencias del dueño, pues si sólo ha pagado, por ejemplo, lo que puede ganar un albañil, no es justo que se exija la prolijidad y la perfección que cabría exigir de la obra dirigida por un arquitecto. Así, si el precio pactado es bajo y el contrato de la obra no contiene indicaciones precisas, instrucciones y/o pliego de condiciones con exigencias a cumplir por el empresario, ello indica, sin duda, que las partes han tenido en vista una construcción de tipo

económico, propia de las “costumbres del lugar”, a realizarse con materiales de tipo corriente, cuya realización no podrá juzgarse, entonces, con la severidad de una obra de elevada jerarquía (CNCiv., sala K, 3/9/98, “Martínez Vila, Elsa v. Foti, Rubén s/ daños y perjuicios”), en AbeledoPerrot online.

(10) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal y Culzoni, t. 2004-2, p. 13.

(11) MORENO QUESADA, Bernardo - BUSTOS VALDIVIA, Ceferino - TRUJILLO CALZADO, Ma. Inés, “Derecho Civil patrimonial. Conceptos y normativa básica”, Ed. Comares, Granada, 2002, 5ª edic., p. 344; LÓPEZ MESA, Marcelo, “Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal y Culzoni, t. 2004-2, p. 210; RIZZARDO, Arnaldo, “Responsabilidad civil”, Edit. Forense, Río de Janeiro, 2005, p. 522, Nº 2; GONÇALVES, Carlos Roberto, “Responsabilidade civil”, Edit. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 419; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos - DE PABLO CONTRERAS, Pedro - PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel - PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”, cit., p. 598, § 251, p. 601, § 253 y p. 606, § 256.

(12) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”, 11ª edic. cit, ps. 736/737.

(13) En un fallo se dijo con agudeza que, al encararse determinada obra a un profesional arquitecto, lo que se pide no es un mero juego de dibujos que representen —aproximadamente— cómo será la obra una vez construida, sino que ese resultado que se le pide (*opus*), requiere un serio y prolongado estudio de posibilidades que sólo se logra a través de un largo proceso de diseño teñido de factores creativos e implementados con la seriedad técnica y científica a que su disciplina lo habilita (CNCiv., Sala C, 12/12/79, “Manes c. Messerer y otro”, en Boletín de la CNCiv., t. 980-IV, p. 3).

(14) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. 2004-2, p. 211.

(15) CCiv. y Com. 5ª Nom. Córdoba, 21/4/97, “Oviedo, Evaristo c. Sosa, Héctor y otro”, LLC 1998-11. En otro fallo se sostuvo que las funciones del director de obra se concretan en la verificación de los materiales y en dirigir y vigilar la ejecución de los trabajos a fin de que sean realizados conforme a las reglas del arte y las especificaciones generales y técnicas (CCiv., Com. y Cont. Adm. 1ª Nom. Río Cuarto, 21/10/99, “Gallo, María y otro c. Buil de Porto, Beatriz”, LLC 2000-982).

(16) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos - DE PABLO CONTRERAS, Pedro - PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel - PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”, p. 600, § 253, punto A) *in fine*.

se vincula con el empresario mediante un contrato de obra material, en cuya virtud este último asume el riesgo técnico de la obra, no tiene subordinación para con el comitente y queda obligado a un resultado material (17). Por ende, no puede descargar en instrucciones de éste a incumplimientos suyos de las reglas del arte.

El comitente está obligado a abonar al contratista el precio de tales labores y a prestarle su colaboración para el correcto cumplimiento de sus obligaciones (18). El proyectista se compromete a proyectar la obra y a entregar los pertinentes planos de la misma, los que deberán satisfacer el resultado esperado; por su parte, el director de la obra se obliga a controlar que ésta se construya de conformidad al proyecto (19).

El constructor y quienes asumen el rol de contratistas de obra se obligan normalmente a obligaciones de resultado (20).

Es claro que la obligación del empresario debe ser relativa, requiriéndose un resultado a alcanzar con una diligencia ordinaria, es decir, con una habilidad y capacidad comunes —medias—, de modo tal que la norma general, en esta materia, es la mediocridad en la labor. La regla de oro en este punto es que el empresario está obligado a ejecutar la obra de tal modo que presente las cualidades prometidas y no esté afectada de vicios que hagan desaparecer su valor, o que la vuelvan inapropiada para el uso ordinario o establecido por el contrato (21).

Ello así, no se requiere del contratista la realización de heroísmos, ni la entrega de calidades superlativas, sino simplemente del cumplimiento de lo pactado y de la realización de una obra aceptable, que cumpla la finalidad a la que se destinaba (22).

Pero ¿cuál es el resultado comprometido? Y ¿cómo debe ejecutarse la obra? Sobre el particular ha expuesto Gastaldi que la ejecución de la obra, obligación principal del contratista, “deberá efectuarse conforme a lo pactado por las partes y a las reglas del arte, adaptadas a la costumbre del lugar, y en relación al precio estipulado, todo lo cual implica, en definitiva, atenerse a las circunstancias de cada caso concreto, de modo que resulte adecuada la ejecución, teniendo en cuenta la intención de las partes y el destino de la obra...” (23).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha decidido que la principal característica de este contrato es el resultado del trabajo, de donde se deduce que la obligación fundamental del empresario es la ejecución de la obra convenida con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada de recibo, quedando esta declaración supeditada a resolución judicial, si surge discrepancia entre las partes acerca de ella (24).

Y también merece recordarse un párrafo de los maestros Díez Picazo y Gullón Ballesteros: “La obligación fundamental del contratista es la realización de la obra de

acuerdo a lo convenido en el contrato. En su cumplimiento ha de actuar de acuerdo no sólo con lo que en él esté especificado, sino también con las reglas de su profesión y sus usos... Los profesionales deben prestar sus servicios según las reglas del arte o profesión que ejercen, de tal manera que la impericia es sinónimo de culpabilidad (*spondet peritiam artis*). Es esa la diligencia que exige la naturaleza de la obligación...” (25).

Pudimos ver de lo expuesto en párrafos anteriores que el grueso de las obligaciones de quienes intervienen en la construcción de una obra son de resultado, lo que implica un agravamiento considerable de su situación respecto de las que pesan sobre otros profesionales. Una comparación normativa sencilla permite ver que el mismo trato recio que el Código de Vélez dispensaba al locador de obra, se da en el nuevo Código Civil y Comercial. Es más, incluso en su seno el desfavor de trato hacia el contratista de obra [*vid art. 1268 inc. b*], CCyC, especialmente] es todavía más evidente o notable respecto de otros profesionales (art. 1768, CCyC).

Lo propio ocurre en el derecho francés, donde el constructor, el arquitecto y los ingenieros están ligados a obligaciones de resultado (26).

**Cabe acotar que la jurisprudencia francesa ha hecho gala de una gran severidad hacia los arquitectos, decidiendo que ellos no pueden exonerarse de responsabilidad por daños, salvo que prueben la existencia de una causa extraña (27). El maestro Le Tourneau ha entendido un tanto extrema esta postura, juzgando más razonable su consideración como obligación de medios, al menos respecto de algunas obligaciones del arquitecto, como la vigilancia de las obras en su cargo de director (28).**

**Homero Rondina se ha ocupado de analizar la tesis con que el Código de Vélez reglaba el contrato de locación de obra y la ha criticado exponiendo que: “...A la excesiva e irracional carga del sistema de garantías y responsabilidades debidas por los constructores, le da respuesta una verdadera cultura de la evasión. De la tramposa eximición de la responsabilidad por actitudes de parte de quien pueda manejar la relación. O se cae en los otros extremos. Como lo hace nuestra ley, que parte del supuesto de que se trata de un contrato con claras asimetrías, en donde una de las partes es la que predispone el contrato y ejerce el poder de decisión sobre la otra. Y entiende que la parte más poderosa es el profesional o constructor. Y, por ende, sobreprotege al comitente. Sin advertir que hoy, en muchos casos, el que tiene el verdadero poder de la predisposición contractual y fáctica es justamente el cliente. Que puede ser infinitamente más fuerte y poderoso que el constructor. Y la parte notoriamente más débil pasa a ser el profesional. Que aceptará el contrato, para construir según se lo pide o se lo manda su comitente. Por el precio y bajo las condiciones que el propietario le impone” (29).**

**A tan gráfica descripción sólo cabría agregar un dato no menor: el crecimiento exponencial de la matrícula de casi todas las profesiones tradicionales argentinas también se verifica en la Arquitectura, existiendo hoy decenas de miles de profesionales en esa rama; también son muchísimos los maestros mayores de obra, con habilitación para proyectar y construir obras, aunque con ciertas limitaciones en cuanto al tipo o complejidad de las que pueden encarar.**

**Ello sumado a la difícil situación económica de nuestro país que hace que no se construyan propiedades en la cantidad y con la inversión cuantiosa que existía sólo hace unos años en un episódico boom inmobiliario —que duró desde comienzos de 2004 hasta 2008, antes del dictado de la Resolución 125 y el repudio que ella generó—, provoca que la parte más fuerte de la relación del contrato de obra no siempre sea el profesional. Es más, de hecho, muchas veces no lo es.**

**Éste tiene a su favor un mayor conocimiento de la técnica edilicia y de los avatares de la obra. Pero hasta allí llega la cuestión, dado que el mayor poderío económico suele estar en cabeza del comitente, lo que convence de la inconveniencia de sentar reglas pétreas a priori, respecto de quién es el débil de la relación. Como bien dice Gastaldi, lo mejor es atenerse a las circunstancias de cada caso concreto (30).**

**Algunas normas del nuevo Código siguen la senda de proteger hasta el extremo al comitente (como ocurre con los arts. 1269, 1272 primera parte, 1273, 1274, 1276, 1277, CCyC; incluso a veces se lo protege en exceso, como ocurre arquetípicamente con el art. 1268 inc. b) CCyC, el que lo protege incluso de las consecuencias de actos suyos anteriores culposos o incluso lindantes con el dolo, como el suministro de materiales defectuosos o inadecuados para la obra.**

### III. Alcance de las obligaciones de ingenieros, arquitectos y constructores

Avanzando un paso nos preguntaremos: ¿cuál es la índole de las obligaciones de ingenieros, arquitectos y constructores? ¿son las suyas obligaciones de medios? ¿o lo son de resultado?

A la luz del nuevo texto legal, en la construcción de obras no hay la menor duda de que las obligaciones que asumen frente al comitente quienes se encargan de la construcción propiamente dicha, del proyecto y del cálculo son obligaciones de resultado. A esta evidente conclusión se llega por la lectura de dos normas, los arts. 774 y 1252, CCyC.

Respecto de la dirección de obra habrá que analizar caso por caso, porque según la modalidad de contratación y las funciones encomendadas al director, puede haber asumido obligaciones de medios u obligaciones de resultado o ambas, según en qué labor concreta se produjo el defecto, con lo que nos parece que no cabe pronunciarse

en abstracto sobre la índole de sus obligaciones.

Más allá de ello, y volviendo a los otros sujetos del contrato, no se gana mucho afirmando que sus obligaciones son de resultado, porque el legislador que dictó la ley 26.994 y la Comisión que redactó el Anteproyecto, vaya uno a saber siguiendo qué sortilegios, dividió las obligaciones de resultado en dos grupos: las obligaciones de resultado *con independencia de su eficacia* [art. 774 inc. b), CCyC] y las obligaciones de resultado *eficaces* [art. 774 inc. c), CCyC].

Para peor, en la única norma del articulado del nuevo Código que se corresponde o enlaza con dicho art. 774, que es el art. 1252, CCyC, la cuestión se complica aún más, porque el legislador dice allí en su primer párrafo que “Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega. Sólo por excepción alguna de ellas será de medios...”

Es decir que la división del género *obligaciones de resultado* en dos especies que dice instrumentar el art. 774, CCyC, es desmentida por el art. 1252, CCyC, que cuando habla de una obligación de hacer desvinculada de su eficacia, la califica como de actividad, nomenclatura que arquetípicamente se utiliza para los deberes de medios, con lo que, como hemos dicho en obras anteriores, el supuesto del art. 774 inc. b), CCyC, es inaplicable (31) por carecer el nuevo ordenamiento de una regulación para él, lo que implica que se trata de una categoría anodina, inasible, arrojada al viento como una novedad, pero que es un verdadero “clavel del aire”, porque carece de verdadero arraigo y reglamentación efectiva en el mismo ordenamiento que la receptó.

Prescindiendo de ello, situándonos fuera del contrato de servicios, en el seno del contrato de obra, es claro que en él el resultado prometido es un elemento esencial. Es así que la obligación principal que debe cumplir el contratista consiste en alcanzar el resultado prometido, realizándolo conforme a las reglas del arte de construir y respondiendo al fin perseguido por el comitente (32).

No hay duda alguna, en vista de los términos del art. 1252, CCyC, primer párrafo *in fine*, que el contrato de obra compromete “un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”, conforme el mandato literal de la norma citada.

Nos parece que constituye una redundancia la terminología utilizada en esta norma, ya que una inteligencia mediana comprende rápidamente que *resultado* y *eficacia* son

CONTINÚA EN PÁGINA 4

### { NOTAS }

(17) En las galanas palabras del Tribunal Supremo de España, es característica esencial del contrato de obra que el contratista se comprometa a la obtención de un resultado, *opus consumatum et perfectum* (Tribunal Supremo, Sala 1ª, 19/10/95, ponente: Sr. Ortega Torres, *La Ley* (Esp.), t. 1995-4, p. 747 (17126-R)).

(18) LÓPEZ MESA, “Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras”, cit., p. 212.

(19) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, t. II, p. 598.

(20) SC Mendoza, sala 1ª, 14/2/90, “Ahorro Moto v. Spinello, Antonio J.”, JA 1990-III-338; CTrelew, Sala

A, 5/3/09, “Galarza, Silvana Ruth c/ Rojas, P. I. s/ cumplimiento de contrato (sumario)”, voto Dr. López Mesa.

(21) CNCiv., sala K, 3/9/98, “Martínez Vila, Elsa v. Foti, Rubén s/ daños y perjuicios”, en AbeledoPerrot online; CTrelew, sala A, 5/3/09, “Galarza, Silvana Ruth c/ Rojas, P. I. s/ cumplimiento de contrato (sumario)”, voto Dr. López Mesa.

(22) CTrelew, Sala A, 5/3/09, “Galarza, Silvana Ruth c/ Rojas, P. I. s/ cumplimiento de contrato (sumario)”, voto del Dr. López Mesa.

(23) GASTALDI, José María, “El contrato de obra y la ruina del edificio”, LA LEY, 1992-D, 14.

(24) TS España, Sala 1ª, 25/2/83, ponente: Sr. Albá-

car López, RAJ, t. 1983, p. 1076.

(25) Díez PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Tecnos, Madrid, 2002, 9ª edic., 2ª reimp., p. 381.

(26) LE TOURNEAU, Philippe, “Droit de la responsabilité et des contrats”, Dalloz, Paris, 2010, 8ª édít., N. 4539 et 4543.

(27) Cfr. Corte de Casación, 3ª Sala Civil, 19/7/95, en “Bulletin Civil”, t. III, N° 188.

(28) LE TOURNEAU, “Droit de la responsabilité et des contrats”, cit., N. 4539.

(29) RONDINA, Homero, “La responsabilidad del constructor. Apuntes para la necesaria reforma del Código Civil”, LA LEY, 1998A, 935.

(30) GASTALDI, “El contrato de obra y la ruina del edificio”, LA LEY, 1992D, 14.

(31) Vid AZAR, Aldo M., “Obligaciones de medios y de resultado: su gradación en categorías intermedias o ternarias”, en RCyS, La Ley, año XVI, n° 10 (oct. 2014), ps. 20 y ss.

(32) CNCiv., sala F, 22/12/89, “Sococia, S. A. c. Intérieur Forma, S.A.”, LA LEY, 1991-C, 478 y DJ 1991-2-997, SJ. 473; en idéntico sentido, CCiv. y Com. 5ª Nom. Córdoba, 21/4/97, “Oviedo, Evaristo c. Sosa, Héctor y otro”, LLC 1998-11.

## ● VIENE DE PÁGINA 3

conceptos que se presuponen y que son indisolubles.

La tentativa del legislador por introducir una cuña entre ellos ha terminado en una norma ilógica (art. 774, CCyC) y otra que la desmiente o confronta (art. 1252, CCyC), pues denomina como de medios a una obligación que la primera considera de “resultado, con prescindencia de su eficacia”, lo que patentiza que se trata de un juego de palabras o de un entusiasmo desmedido y fuera de cauce.

Como sea, obvio resulta que la obra debe ajustarse también a las ordenanzas urbanísticas, so pena de no ser satisfactoria para el comitente, por no obtener la habilitación municipal.

De tal modo, el contrato de obra involucra una obligación de resultado (art. 1252, CCyC, primer párrafo *in fine*); y, en tal caso, cuando ha existido una actividad pero no se obtuvo el resultado, no ha habido cumplimiento —siquiera defectuoso— sino verdadero y propio incumplimiento (33). En las obligaciones de resultado, el cumplimiento parcial o a medias implica un liso y llano incumplimiento de la obligación.

En el contrato de obra, el empresario es el único responsable de los resultados de la obra y no tiene subordinación jurídica con el dueño. En suma, dirige las tareas sobre las que el contratista sólo tiene un poder de contralor final, de modo de verificar si el resultado es el querido; y si bien es cierto que podría tolerarse alguna colaboración por parte de este último, no cabría admitir una participación de tal magnitud que convirtiese al empresario en simple auxiliar (34). Por ende, el contratista no podría pretender excusar su incumplimiento de la *lex artis* en instrucciones de su comitente.

El de obra es un contrato por el cual una de las partes, denominado *empresario, constructor, contratista* y, en su caso, profesional liberal, autor o artista, se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica; y la otra parte, denominada el dueño, propietario, comitente o cliente, se obliga a pagar un precio determinado o determinable, en dinero (35).

#### IV. La responsabilidad de arquitectos y constructores en el nuevo Código

Aclarada la índole de las obligaciones de los profesionales de la construcción, seguidamente analizaremos algunos supuestos que pueden presentarse en esta temática, distinguiendo los ámbitos de responsabilidad en que se encuadra cada uno.

##### IV.a) Responsabilidad del constructor por destrucción de la obra antes de su entrega

Conforme estatuye el art. 1268 del Cód. Civil y Comercial: “La destrucción o el deterioro de una parte importante de la obra por caso fortuito antes de haber sido recibida autoriza a cualquiera de las partes a dar por extinguido el contrato, con los siguientes efectos:

a. si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente,

el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada;

b. si la causa de la destrucción o del deterioro importante es la mala calidad o inadecuación de los materiales, no se debe la remuneración pactada aunque el contratista haya advertido oportunamente esa circunstancia al comitente.

c. si el comitente está en mora en la recepción al momento de la destrucción o del deterioro de parte importante de la obra, debe la remuneración pactada”.

Queda claro de su lectura que, en virtud de la primera parte de esta norma, el contratista es deudor de una obligación de resultado, por lo que es responsable si ésta se destruye, salvo si ello ocurriera por caso fortuito, antes de su entrega al comitente.

A contrario sensu, si la destrucción ocurriera por culpa del contratista, éste no puede reclamar el pago de ningún estipendio como contraprestación a su favor, como ocurría en el viejo Código (36).

El nuevo ordenamiento suaviza el trato hacia el contratista, dado que excluye el supuesto de caso fortuito de su ámbito de responsabilidad y en ese caso le permite al contratista ser reintegrado por el valor de los materiales que hubiera aportado a la obra y hasta obtener una compensación equitativa por las tareas efectuadas.

Bien se ha dicho que “notoria y plausible es la modificación a la legislación vigente en materia de caso fortuito. Mientras el artículo 1630 del Código Civil hace cargar al constructor con el caso fortuito, si la obra se destruye antes de haber sido entregada, a pesar de ser el terreno del comitente (excepto mora de este último); el Proyecto en su artículo 1268 adhiere al principio *res perit domino*, dando derecho al constructor, si este provee los materiales y realiza la obra en inmueble del comitente, a reclamar su valor y una compensación equitativa por la tarea efectuada. Aquella reforma tiene respaldo en la legislación comparada, verbigracia el Código Civil peruano (art. 1788), y armoniza la normativa privada con la pública que hace cargar al comitente (en el caso la Administración Pública) con las pérdidas, averías o perjuicios causados por caso fortuito (art. 39, ley 13.064)” (37).

Claro que en el nuevo régimen las consecuencias del incumplimiento no habrán de ser las mismas, según que el empresario haya o no provisto los materiales necesarios para la construcción o según que el comitente estuviera en mora al momento de la destrucción.

Por ende, deben distinguirse dos planos distintos: 1) quién ha provisto los materiales de la obra destruida; y 2) si el comitente se encontraba en mora en la recepción de la obra al momento de la destrucción o no.

Veremos seguidamente los efectos de cada uno de estos planos:

1.a) si el contratista provee los materiales y la obra se realiza en inmueble del comitente, el contratista tiene derecho a su valor y a una compensación equitativa por la tarea efectuada [art. 1268 inc. a), CCyC]. La solución de la nueva norma cambia fuertemen-

te la tesitura antes imperante, en virtud de la cual en el Código de Vélez el locador de obra que proveía los materiales perdía los que había puesto, por aplicación de la regla *res perit domino* (“las cosas perecen para su dueño”) y teniendo en vista que la suya era una obligación de resultado agravada, como que en el viejo Código respondía casi hasta del *casus*;

1.b) si el contratista no suministró los materiales y sólo ha puesto su trabajo, la destrucción por *casus* de la obra da derecho al contratista a ser compensado equitativamente por la tarea efectuada; no lo dice así la norma, pero surge claro de ella a contrario sensu. Es que el contratista que puso su trabajo solamente no puede estar en peor condición que el que puso su trabajo y aportó los materiales. Esta diferencia de trato carecería de bases adecuadas de sustentación, tanto fácticas como jurídicas; por lo que no puede admitirse.

1.c) el contratista y el director de la obra responden por la mala calidad de los materiales empleados, si no advirtieron de ello al comitente y, aun habiéndolo hecho, si se trataba de un edificio o inmueble destinado a larga duración, ya que entonces debieron negarse a continuar dicha obra [art. 1268 inc. b), CCyC].

Esta nueva solución innova en la materia, alterando el régimen tradicional, ya que hace cargar al contratista con las consecuencias del empleo de materiales defectuosos o de mala calidad.

Dos aspectos se ven involucrados en esta decisión: por un lado, es innegable que el contratista es un profesional de su oficio y que, a mérito de lo dispuesto por el art. 1725, primer párrafo, CCyC, no podía ignorar la deficiencia en el material que se le proveyera, ante lo cual debió negarse a emplearlo, si él era del todo inadecuado para el desarrollo del proyecto.

Por otra parte la solución de que el comitente no deba pagar la remuneración pactada, aun cuando el contratista le haya advertido oportunamente la circunstancia de la deficiencia de los materiales que él mismo ha suministrado al empresario para emplearlos en su obra, aparece como un exceso y brinda margen para la malicia; ello, porque un comitente astuto y hábil podría sacar ventaja de actitudes premeditadas, en perjuicio del constructor o contratista.

Tal solución implica un excesivo beneficio potencial para el comitente, el que puede pretender elevar su ganancia proveyendo materiales defectuosos para aminorar los costos y luego buscar excusarse en ellos para no pagar la retribución del contratista. Tal solución normativa viola el principio de que nadie puede sacar ventaja de sus propios actos torpes o cuestionables; a través del art. 1268 inc. b), CCyC, se admite la solución inconveniente de que la torpeza pueda ser esgrimida con efectos jurídicos beneficiosos para el torpe, quien primero provee los materiales defectuosos y luego no paga la remuneración, escudándose en un acto suyo previo cuestionable, lo que constituye un dislate normativo.

2) En el otro extremo, si el comitente estaba en mora en la recepción de la obra, cuando se produjo la destrucción o el dete-

rioro de parte importante de ella, debe pagar al empresario la remuneración pactada (art. 1268 inc. c), CCyC).

La norma no lo dice expresamente, pero surge claramente de ella, que también debe reintegrar en tal caso al constructor o contratista los valores que él hubiera suministrado en concepto de materiales aportados a la obra.

##### IV.b) Responsabilidad del contratista luego de la recepción de la obra por el comitente

###### IV.b.1) La recepción de la obra por parte del comitente: su naturaleza y efectos

Se ha dicho que “La aceptación de la obra constituye, por principio, un acto jurídico unilateral no formal y debido, mediante el cual el comitente exterioriza de algún modo conformidad con la obra realizada, y constituye un paso previo a la recepción de la misma. La recepción, a su vez, presupone otra aceptación...; la aceptación de la oferta de tradición. Pues bien, aceptar es declarar que una obra está bien hecha y ello surge de la conformidad entre el resultado y lo pactado. La recepción permite presumir una aprobación previa; ergo, recibida la obra, la misma ha sido tácitamente aceptada en principio, más al ser conceptos diferentes es posible que, encontrándose ya en posesión de la obra terminada, aún el comitente no la haya aceptado por haber expresamente diferido dicho acto. Otra de las consecuencias prácticas de la distinción estriba en el momento de la traslación de riesgos, el que no opera por la mera aceptación, sino que requiere ‘tradición’...” (38).

La entrega de la obra al comitente ya constituía un acto trascendente, que portaba importantes efectos en el seno del contrato de locación de obra, en vigencia del Código de Vélez y, en especial, a partir de la reforma del Cód. Civil, que introdujera por ley 17.711 su art. 1647 bis (39).

A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial la aceptación de la obra por el comitente es más importante que la entrega de ella por el contratista; ello así, porque el contratista puede haber entregado la obra sin que se haya producido su aceptación definitiva, en los supuestos en que opere un plazo de garantía, de los previstos en el art. 1272, primer párrafo, CCyC.

Más allá de ello, curiosamente, los efectos de la aceptación están regulados dos veces en el nuevo Código; para peor, por normas contradictorias entre sí. Lo veremos *infra* en detalle en el numeral IV.b.2).

El nuevo ordenamiento sancionado por ley 26.994 nada prevé sobre los efectos del vencimiento del plazo de garantía, como tampoco regula el plazo de garantía en sí mismo, ni las diversas situaciones que pueden producirse en su transcurso. Será una cuestión —otra más— a resolver por la magistratura sobre la base de un cierto tino, las circunstancias del caso y el principio general de la buena fe (art. 9, CCyC).

Lo concreto es que finalizada la obra, su recepción constituye un acto obligatorio para el comitente, habilitando su negativa al contratista para constituir a éste en mora y, eventualmente, accionar judicialmente para liberarse de responsabilidad (40).

#### { NOTAS }

(33) CNCCom., sala D, 5/9/83, “Casa Hodara, S.A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, ED 110-255.

(34) SCBA, 5/11/91, “Goncharuck, Julio c. Roca, Luis”, LA LEY, 1992-D, 302 y DJ 1992-2-782.

(35) CNCiv., Sala D, 16/7/98, “Edelstein Agote, Hernán c. Aberg Cobo, Ricardo”, LA LEY, 1999-D, 230; DJ 19993186.

(36) TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, “Tratado de la responsabilidad civil”, cit., t. II, p. 599; CA-ZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Derecho de las Obligaciones”, cit., t. V, p. 671, N° 3014.

(37) MICONI, Florencia, “Contrato de locación de obra: Aciertos y desaciertos en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en <http://www.pensamientocivil.com.ar>.

(38) Cfr. “Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir: Graciela Medina y Julio C. Rivera. Coord: Mariano Esper, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, nota al art. 1272, CCyC, punto II.1.

(39) ANDRADA, Alejandro Dalmacio, “Incidencia de la entrega de la obra en temas de responsabilidad. Los vicios aparentes. Diferencias contractuales no ad-

vertibles”, en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal y Culzoni, t. 2004-2, p. 299.

(40) MOLINA, Inés Elena, “Responsabilidad de los profesionales de la construcción por ruina”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1988, p. 79.

Cabe aclarar, por supuesto, que el comitente sólo está obligado a recibir la obra, si ella se ajusta a lo pactado (41), pudiendo negarse legítimamente a recibirla en caso contrario; en este último caso obviamente no puede ser él constituido en mora, a menos que se demuestre que su negativa es antijurídica o abusiva.

La recepción de la obra normalmente va precedida de su verificación por el comitente o un experto designado por éste, de modo de comprobar que aquélla fue construida de acuerdo a lo convenido. El nuevo Código ha tomado de la realidad esta posibilidad y la ha receptado en los arts. 1269 y 747, CCyC.

Un agudo jurista brasileño enfatiza la importancia de la verificación previa a la recepción, afirmando luego que “recibida la obra como buena y perfecta, ninguna reclamación podrá ser posteriormente formulada por quien la encomendó, a menos que se trate de vicios ocultos o redhibitorios, que evidentemente no estarán cubiertos por el simple acto de recepción” (42).

La verificación no constituye un acto formal; y como la misma tiene lugar en beneficio exclusivo del comitente, no está éste obligado a efectuarla, pues será quien resulte único perjudicado por las consecuencias de no realizarla (43).

Bien se ha puntualizado que la recepción de la obra es un acto no formal, que puede ser expreso o tácito, y que se cumple con la manifestación de voluntad del comitente de aceptar la entrega de la obra, abonando comúnmente en ese acto el saldo de precio (44).

La recepción por el comitente de la obra puede manifestarse en forma tácita, resultando de hechos del comitente que necesariamente implican la voluntad de aceptar la obra, como serían, por ejemplo, la toma de posesión de la obra o su utilización por el dueño (45).

El nuevo Código no ha previsto esta posibilidad concretamente para la recepción de la obra, pero no hay motivo para enervar los efectos de la manifestación tácita de voluntad, que los arts. 262 y 264, CCyC, permiten aplicar también a este caso.

Según enseña el maestro Le Tourneau, la recepción de la obra por el comitente es un acto unilateral, pues la voluntad del comitente es dueña y señora de ese acto, aun cuando éste tenga luego efectos bilaterales (46). No obsta a ello la posibilidad de negativa antojadiza de recibirla, extremo que autoriza al constructor a constituir en mora al comitente y, eventualmente, acudir a sede judicial para obtener una recepción forzada.

En segundo lugar, la recepción es un acto único e indivisible, es decir, uno cuyos efectos no pueden pretender enmendarse luego, a través de gestos formales de voluntad contraria a la declarada en la recepción (47).

Al igual que ocurre con el pago aceptado sin reservas, que produce efectos liberatorios *ipso facto* y sin posibilidad de en-

mienda posterior (conf. art. 899, CCyC), la recepción de una obra sin reserva alguna libera automáticamente de responsabilidad al constructor por vicios aparentes, no pudiendo el comitente recipiendario pretender revertir los efectos de ese acto al manifestar posteriormente una voluntad contraria (48).

La aceptación de la cosa, sin reservas, por el comitente libera al constructor de la responsabilidad por los vicios aparentes [art. 1272 inc. a) CCyC], pues el consentimiento sin reservas a la recepción de la cosa no permite un planteo postrero por el incumplimiento de la obligación del contratista de obra de construir de acuerdo a las reglas del arte, a la que ya se ha prestado conformidad.

Así lo ha entendido correctamente la jurisprudencia española, destacando que recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella significa que la obra ha sido practicada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido del contrato de arrendamiento de obra después de recibida sin manifestación de disconformidad por el propietario (49).

La inmediatez de los efectos de la aceptación se dan en cualquier caso de aceptación de obras, rija o no un plazo de verificación pactado o de uso, conforme veremos en el numeral IV.b.2) de este estudio.

Lo que diferirá, según haya o no en juego un plazo de garantía será que la liberación de responsabilidad por vicios aparentes se producirá desde el vencimiento de dicho plazo, sin expresión de observaciones o cuestionamientos a la obra, si él juega.

A falta de plazo pactado o de uso, el acto de recepción de la obra constituye un acto de efectos instantáneos que consume en el momento de la entrega de la cosa o de la suscripción de un instrumento privado de recepción la liberación de responsabilidad del constructor por vicios aparentes [art. 1272 inc. a), CCyC].

Por otra parte, la distinción que ensayaba la mayoría de nuestra doctrina entre recepción provisional y definitiva de la obra ha tenido recepción legislativa: la recepción provisoria es aquella que opera cuando rige un término de garantía a partir de la recepción de la obra (art. 1272, CCyC); durante dicho plazo se pondrá la funcionalidad de la obra y se podrá apreciar si aparecen defectos que no se captaron al tiempo de recibirla; de forma tal que si no existe tal recepción provisoria, la mencionada norma quedaría vacía de contenido y sería todo un contrasentido.

Más allá de ello, dada la importancia del acto y su carácter irrevisible, antes de aceptar definitivamente la obra el comitente debe proceder a verificar su estado y si está de acuerdo con lo pactado (50); tanto en el derecho argentino como en otros derechos de base romanizada la recepción sin reservas de una obra purga la ausencia de conformidad entre ella y los planos, más to-

dos los defectos o vicios aparentes que pudiera poseer (51).

Ello no ocurre, creemos, en la disconformidad de la edificación con las ordenanzas urbanísticas, si los defectos son suficientes para que se niegue el final de obra o la habilitación municipal, que no puede ser purgada por una recepción apresurada. Se aplicaría el mismo principio de las nulidades inconfirmables, que no pueden ser saneadas por voluntad de parte.

Dejando a un lado este supuesto, bien dice Rondina que: “el momento en el cual el comitente recibe del constructor la obra terminada tiene ciertamente particular relevancia jurídica, porque se entiende que nadie aceptaría un trabajo como terminado, si no se ajusta a las previsiones contenidas en el contrato celebrado entre las partes” (52).

La aceptación de la obra tiene una importancia fundamental con relación a la responsabilidad por defectos constructivos.

Tanto en el Código de Vélez como en el Código Civil y Comercial los defectos constructivos se dividen en dos géneros. El primer género de defectos edificatorios es el de los *vicios constructivos*, que se subdivide, a su vez, en vicios aparentes y vicios ocultos.

El segundo género es el de la *inviabilidad de la obra* para cumplir su función, que en el Código de Vélez se limitaba a la *ruina de la obra* y que en el nuevo ordenamiento, también se subdivide en dos especies: *ruina de la obra* y *obra impropia para su destino* (arts. 1273 y 1274, CCyC), aunque luego el régimen de ambos es común, pese a ser distinguibles conceptualmente las dos especies que en él se cobijan.

Si bien el tema de la *ruina* será tratado posteriormente en un estudio aparte, sí diremos aquí dos cosas a su respecto: 1) que la recepción normativa del género de la *inviabilidad de la obra* para cumplir su función o cometido habrá de vaciar de caudal o sustancia, como una bomba extractora, al régimen de la ruina. En efecto, ¿para qué discutir si en el caso hubo o no ruina, cuál es el concepto de *ruina*, si es el mero derribo o la ruina funcional, si basta con probar que el inmueble entregado no es apto para su finalidad o destino? Seguramente, así como a mediados de la década del ‘80 el divorcio por causales objetivas desplazó al divorcio fundado en causales subjetivas de la mayoría de los casos, creemos que en adelante la *inviabilidad* o *disfuncionalidad* de la obra para cumplir su función habrá de tornar —en la mayoría de los casos— en una curiosidad al régimen de la *ruina*.

Y 2) que el criterio empleado para distinguir entre ruina de la obra y vicios constructivos pasa por el meridiano de la extensión de los daños —y no tanto de sus consecuencias, pues incluso en el Código anterior la *ruina* no era vista como derribo solamente—.

Así, los daños extendidos de una obra, el daño sufrido por ella que compromete su

solidez o la hace impropia para su destino permite caracterizar a la *ruina*, mientras tal magnitud del daño o defecto no se aprecia en los vicios aparentes ni en los ocultos, donde la pauta para diferenciar entre ambos no es la gravedad del defecto, sino la forma en que él se manifiesta, a simple vista en el vicio aparente y con posterioridad a la recepción en el vicio oculto, que bien puede requerir de especiales circunstancias para manifestarse, como un viento de determinada intensidad, para tornar evidente el defecto constructivo de un tinglado, una fuerte lluvia, para poner a la vista los defectos ocultos de un tejado o una losa que permea, etc.

IV.b.2) *La liberación del contratista por los vicios aparentes*

El Código de Vélez consagraba un sistema legal simple en esta materia: el constructor dejaba de responder por los vicios aparentes, si el comitente no los denunciaba al momento de la entrega de la obra; y tampoco respondía por los vicios ocultos, si no los denunciaba dentro del plazo de 60 días de descubiertos éstos (art. 1647 bis, Cód. Civil derogado).

A partir de la vigencia del nuevo Código, en tres de sus normas se establecen dos efectos incompatibles para el acto de aceptación de la obra por el comitente o dueño; ellos son:

a) *la generación de un juego de presunciones*: se presume a partir de la aceptación la inexistencia de vicios aparentes y se presume la calidad adecuada de la cosa (arts. 747 y 1270, CCyC). Pero caben dos aclaraciones: 1) subsiste la obligación de saneamiento en la Sección 4ª, Capítulo 9, Título II del Libro Tercero (art. 747 *in fine*, CCyC); y 2) se trata de una presunción, de naturaleza relativa, es decir que admite prueba en contrario y que puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba, siempre de eficacia convictiva, para despejar del ánimo del juez los efectos de la presunción que el art. 747, CCyC, establece; y

b) *La liberación inmediata del contratista* a partir de la aceptación sin reservas de la obra: Según el art. 1272, últ. parte, CCyC, “*si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo; aceptada la obra, el contratista: a. queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes;...*”.

El nuevo Código introduce novedades en esta materia: por caso, su art. 1269, CCyC, consagra el derecho a verificar la obra por el comitente, estableciendo que “*En todo momento, y siempre que no perjudique el desarrollo de los trabajos, el comitente de una obra tiene derecho a verificar a su costa el estado de avance, la calidad de los materiales utilizados y los trabajos efectuados*”.

Tal vez porque establece ese derecho a inspeccionar la obra en dos momentos —antes de y al momento de la entrega—, del

CONTINÚA EN PÁGINA 6

## NOTAS

(41) DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Tecnos, Madrid, 2002, 9ª edic., 2ª reimp., p.383.

(42) GONÇALVES, Carlos Roberto, “Responsabilidad civil”, Edit. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 424; en idéntico sentido, DE ALMEIDA PAIVA, Alfredo, “Aspectos del contrato de empreitada”, Edit. Forense, 1955, p. 39; LOPES MEIRELLES, Hely, “Direito de construir”, *Revista dos Tribunais*, 1965, 2ª edic., p. 292.

(43) MOLINA, “Responsabilidad de los profesionales de la construcción”, cit., p. 79.

(44) MOLINA, “Responsabilidad de los profesionales”, cit., p. 80.

(45) En este sentido, Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Secc. 4ª, 11/6/93, ponente: Sr. Muñoz Jiménez, *La Ley*, t. 1993-2, p. 636.

(46) LE TOURNEAU, Philippe, “Droit de la responsabilité et des contrats”, Dalloz, Paris, 2010, 8ª edic., N. 4519.

(47) LE TOURNEAU, Ph., “Droit de la responsabilité et des contrats”, cit., N. 4520.

(48) LÓPEZ MESA, “Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras”, cit,

p. 226; CTrelew, sala A, 5/3/2009, “Galarza, Silvana Ruth c/ Rojas, P. I. s/ cumplimiento de contrato (sumario)” (Expte. N° 62 - año: 2008), *el-Dial*, clave AA50A0, voto Dr. López Mesa.

(49) TS España, Sala 1ª, 29/11/91, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes, *La Ley* (Esp.), t. 1992-2, p. 759 (14448-R); ídem, 12/7/94, ponente: Sr. Ortega Torres, *Archivo La Ley*, t. 1994, N° 912; en igual sentido, Audiencia Provincial de Tarragona, Secc. 2ª, 17/3/92, ponente: Sr. Andreu Domingo, *La Ley*, t. 1992-1, p. 581.

(50) Se dijo en un fallo español que la verificación

es el examen de la obra “entregada”, para comprobar si fue ejecutada conforme a dos parámetros, cláusulas contractuales y *lex artis*, y poder, en su caso dar su conformidad (Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 13ª, 8/3/99, rec. 1160/1997, ponente: Sr. Cremades Morant, en sust. *El Derecho* (Esp.), caso 1999/14019).

(51) LE TOURNEAU, Ph., “Droit de la responsabilité et des contrats”, cit., N. 4544.

(52) RONDINA, Homero, “La responsabilidad civil y el contrato de construcción”, Depalma, Bs. As., 1973, p. 301.

## ● VIENE DE PÁGINA 5

juego de los arts. 747 y 1270, CCyC, el legislador extrae un efecto aminorado de la recepción; en estas dos normas el efecto de la recepción de la obra no es otro que hacer nacer un doble juego de presunciones: la recepción silente del *opus* por el comitente hace presumir la inexistencia de vicios aparentes de ella y la calidad adecuada de la cosa entregada. No es un efecto menor, aunque siempre subsiste la obligación de saneamiento, prevista por el art. 747, CCyC.

Un lector atento podrá pensar que nos contradecimos, ya que primero dijimos que el art. 747 y el art. 1270, CCyC, que remite al primero, crean o dan nacimiento a dos presunciones a partir de la aceptación de la obra; y luego afirmamos que tal acto libera *ipso jure* al constructor, con cita del art. 1272 inc. a) CCyC.

No nos contradecimos nosotros, sino esas normas citadas; que colisionan entre sí. Es que al acto que dos normas (arts. 747 y 1270, CCyC) consideran el hito inicial de vigencia de una presunción, otra [art. 1272 inc. a) CCyC] le establece como efecto uno mucho más rotundo: la liberación del contratista por vicios aparentes. Por nuestra parte entendemos que prevalece esta última sobre las primeras.

Por varias razones nos parece que, en caso de duda, debe primar la regla del art. 1272 inc. a), CCyC, por sobre las otras dos; en primer lugar, porque se trata de una norma especial, dedicada a regular los efectos de la recepción específicamente en el contrato de obra, mientras que las otras reglan la cuestión por reenvío a un régimen diverso, con lo que éste no puede primar sobre el reglamento especial del contrato.

En segundo lugar, porque se trata de una norma que se aplica directamente al caso y no por reconducción, procedimiento que exige —de por sí— la necesidad de verificación de su compatibilidad o, en su caso, adaptación a un supuesto distinto, por lo que ella debe ceder el paso a la norma aplicable directamente al caso, en este supuesto, el art. 1272 inc. a), CCyC.

Como sea, procede hacer otra precisión: a) si se halla en juego un plazo de garantía, la recepción es provisoria durante el transcurso del plazo y sólo a su vencimiento se libera el constructor por los vicios aparentes y por la falta de conformidad del trabajo con lo estipulado en el contrato; y b) si no juega tal plazo, hay una severa contradicción normativa en el nuevo ordenamiento; ello, pues según dos normas (arts. 747 y 1270, CCyC) la recepción definitiva sin objeciones sólo genera una presunción de la inexistencia de vicios aparentes y se presume la calidad adecuada de la cosa y el art. 1272, segundo párrafo, CCyC, libera *ipso facto* de responsabilidad al contratista por los vicios aparentes.

Siendo incompatibles ambos efectos de un mismo acto de recepción de la obra —presunción de conformidad, por un lado, y liberación objetiva y terminante de responsabilidad por vicios aparentes, por otro— aun

teniendo un serio vicio metodológico el art. 1272, CCyC, que lleva por título “Plazos de garantía”, pero que en su segundo párrafo se refiere expresamente a los supuestos en que “no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo”, es menester concluir que ésta es la norma prevalente para fijar los efectos de la recepción de la obra, en cualquier caso, con plazo de garantía o sin él.

Es que se llega a esa conclusión con sólo preguntarse si puede estar en mejor situación quien no cuenta con un plazo de garantía de obra que quien sí lo tenía. Y ello es lo que sucedería de darse primacía al efecto presuncional que marcan los arts. 1270 y 747, CCyC, por sobre el art. 1272, CCyC.

Tal desfavorecimiento de quien cuenta con un plazo de garantía, frente a quien no lo tenía, introduce una distinción arbitraria, disfuncional, que no puede considerarse válida, por lo que debe ceder ante el texto expreso y claro del art. 1272, CCyC, pese a las imperfecciones metodológicas que porta esta norma.

No ignoramos que también hay razones para aplicar la presunción que surge de los arts. 1270 y 747, CCyC, anteponiéndolas al art. 1272, CCyC; tratándose de un tratamiento más favorable para el deudor, el principio *favor debitoris* milita a favor de esta postura.

Claro que nos parece que esta solución debiera aplicarse sólo en caso de que el juez constate en la causa un aprovechamiento del contratista respecto del comitente, frente a quien éste busca liberarse a través de algún tipo de manipulación o inducción a error. En ese caso, por conducto de lo dispuesto por los arts. 9 y 279, CCyC, y en virtud de los principios de buena fe y preservación del orden público, podría inclinarse el caso hacia la presunción, de naturaleza relativa, que emana prístina de los arts. 747 y 1270, CCyC.

Pero no debiera emplearse estas normas para enmendar la plana del comitente, haciendo un fácil borrón y cuenta nueva respecto de sus anteriores actos negligentes, como no haber cumplido con el procedimiento de la formulación de observaciones a la obra en tiempo y forma. Será cuestión de cada caso concreto deslindar cuándo se da la situación del párrafo anterior y cuándo la que aquí definimos. Un juez atento y formado no debiera tener inconveniente, apreciando los hechos concretos del caso, para efectuar este deslinde en concreto.

Más allá de ello, la liberación o la presunción de conformidad con el trabajo y de inexistencia de vicios aparentes, entonces, alcanza solamente a los vicios y diferencias o la falta de conformidad entre lo hecho y lo pactado que fuesen “*aparentes*”. La pregunta surge necesaria: ¿qué son *vicios aparentes*?

Para la mayoría de nuestra doctrina ellos son los fácilmente advertibles, comprobables o reconocibles por un profano, mediante una verificación diligente (53).

También se ha puntualizado que “son posibles de detectar desde un primer momento, defectos tales como torcedura de la cenefa de madera en el frente, falta de terminación en nicho acondicionador de aire, puerta de entrada al baño que golpea contra el sanitario, puerta torcida en la entrada principal, falta de contramarcos en ventana, falta de bocas de luz en la cochera, falta de jabonera en el lavadero, etc.” (54).

Últimamente se ha dicho que los vicios que revistan el carácter de aparentes son los que “de acuerdo a las circunstancias de tiempo, personas y lugar, no hubieran pasado inadvertidas para el comitente al inspeccionar la obra... son aquellos de fácil comprobación, como “el estado de la pintura, tabiques y divisorios” (55).

La jurisprudencia en un caso se valió de una sintética fórmula y tuvo por vicios aparentes a los de fácil comprobación (56).

En otro fallo se dispuso que vicios aparentes de la obra son aquellos que se pueden descubrir con la diligencia ordinaria, de acuerdo con las reglas del “*arbitrium boni viri*”; se dijo también allí que los vicios ocultos no son susceptibles de ser puestos de relieve, con el apuntado examen diligente, minucioso y prolijo (57).

Para la consideración del carácter oculto o aparente del vicio, debe prescindirse de un determinado y concreto adquirente, tomando en consideración la imagen del adquirente medio; y considera lógicamente la cosa de que se trata y la práctica seguida en la vida de los negocios con referencia a las operaciones que sobre ella se verifican. Así sólo si existe complejidad técnica de la cosa, es necesario el asesoramiento de peritos (58).

Se ha resuelto que es vicio aparente que una pileta de natación carezca de escalera, pero no que sus paredes tengan un espesor menor al previsto (59) o que su trampolín tenga demasiada altura en relación con su profundidad, pudiendo causar daños a quien se arroje de él.

En otro caso se dijo que los deterioros en los pisos, en la instalación eléctrica y en los baños, no podían ser estimados como vicios “ocultos”, desde que pudieron ser descubiertos obrando con diligencia, por lo que eran aparentes (60).

Por sólo citar algunos otros casos, son vicios aparentes la mala colocación de cerámicos o azulejos, sea por la irregularidad de su aplicación a la pared, o el mal tomado de sus juntas; la irregularidad en el nivel de los pisos, las deficiencias en los revoques, la existencia de fisuras o grietas en las paredes, la falta de tomacorrientes eléctricos en alguna habitación o dependencia, etc. (61).

También lo son la falta de desagüe de un patio embaldosado y la deficiente ejecución del yeso, con desniveles inadecuados y grietas, en el interior de la vivienda (62).

Si alguno de estos vicios se encuentran en la edificación que se está inspeccionando en el acto de recepción de la obra, el comitente deberá hacer constar dicha circunstancia

en el acta que se libre o dejar constancia en el documento que se instrumente, so pena de tenerse por conforme con el estado en que recibe la obra y por purgada la responsabilidad del constructor respecto de los vicios aparentes que la obra tuviera.

## IV. c) Responsabilidad del contratista por vicios ocultos

Pero, en todo caso, la recepción libera al contratista por los vicios aparentes, lo que implica que los vicios ocultos quedan sujetos “a un régimen de denuncia, caducidad y prescripción” (63), como ocurría en el ordenamiento sustituido [conf. art. 1272 inc. b), CCyC], el que edicta: “b. responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes”.

Tal norma establece que “*Si se trata de vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino, no se pactó un plazo de garantía ni es de uso otorgarlo, aceptada la obra, el contratista... b. responde de los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, con la extensión y en los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos prevista en los artículos 1054 y concordantes*”.

Esta última norma dispone que “*El adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos*”.

Es obvio, en consecuencia, que la recepción de la obra no significa que el dueño otorgue al contratista carta de pago y “bill de indemnidad” por los vicios o defectos que el transcurso del tiempo ponga en evidencia y que comprometan su solidez o existencia, pues sólo cubre los defectos aparentes, pero la responsabilidad del constructor subsiste por los vicios ocultos que exceden la medida de las imperfecciones corrientes y causan la ruina o deterioro total o parcial de la cosa (64).

El nuevo régimen tiene puntos de contacto con el anterior, como que somete al comitente a una carga de denuncia temporánea de los vicios ocultos, haciendo caducar la garantía a los sesenta días de haberse manifestado el vicio.

Pero también muestra diferencias con la regulación anterior: 1) prevé específicamente que si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo, precisión que antes no constaba en el viejo ordenamiento; y 2) el incumplimiento de la carga de denuncia extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer la existencia de los defectos. Es decir que se abre una puerta para el escape del comitente, que no denunciara a tiempo los vicios ocultos: que el contratista haya conocido o debido conocer la existencia de los defectos, lo cual,

## { NOTAS }

(53) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, 1ª edic., t. II, p. 603; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las Obligaciones”, Edit. Platense, La Plata, 1996, t. V, p. 673, N° 3015; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos”, Ed. Zavalía, Bs. As., 1993, t. 4, ps. 291 y s., N° 2; PASCUAL, Adolfo Luis, “El contrato de locación de obra en la Ley 17.711”, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, Ed. Platense, La Plata, 1974, t. III, p. 253, N° 2.

(54) BERTONE, Sergio, “Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina, en el Código Civil y Comercial”, en *DJ*, n° 31 (5 ago. 2015), ps. 1-14.

(55) Cfr. “Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir: Graciela Medina y Julio C. Rivera. Coord: Mariano Esper, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, nota al art. 1272 CCyC, punto II.1.

(56) CNCom., sala A, 13/10/80, “Vigo, Ariel c. Ma-

churón, S.A., Norberto N.”.

(57) SCBA, 14/6/79, “Mace, Soc. en Com. por Accs. c. Gómez, Destrade, Carlos y otro”, DJBA 117-427.

(58) CNCiv., sala G, 15/4/97, “Cartela S.A. c. Belizán, José L.”, LA LEY, 1997-E, 322; DJ 1997-3-387.

(59) CNCiv., sala C, 7/9/72, “Cabrera c. Perllamar S.R.L.”.

(60) CNCiv., sala A, 26/6/79, “Leal, Ángel c. Ferraro, José G. y otros”.

(61) LÓPEZ MESA, “Responsabilidad contractual

y extracontractual en la construcción de obras”, cit., p. 231.

(62) En este sentido, Audiencia Provincial de Tarra-gona, Sec. 1ª, 12/5/99, sent. N° 176/1999, ponente: Sr. Alavedra Farrando, en sist. Inform. *El Derecho* (Esp.), caso 1999/17522.

(63) LÓPEZ DE ZAVALÍA, “Teoría de los contratos”, cit., t. 4, p. 292, N° 2-B)-b).

(64) CNCom., Sala A, 11/2/97, “Bona Dea S.R.L. c/ Lew Hnos. S.A.”, LA LEY, 1997-F, 234; DJ 1998-1-651.

dado que se trata de un profesional experto (cfr. art. 1725, primera parte, CCyC), significa una importante ventaja, respecto de la normativa anterior.

Pero, para no avanzar sobre terreno sin consolidar, cabe preguntarse ¿qué son *vicios ocultos*?

*Vicios ocultos* son los que pueden pasar inadvertidos pese a una verificación de la obra, apareciendo generalmente con el tiempo y el uso de la cosa; asimismo existen ciertos defectos que pueden no ser perceptibles hasta un momento distinto al de la recepción, tal como ocurre con la falta de aislación térmica que tuviera la propiedad, que si se inspecciona en primavera u otoño, podría no notarse al inspeccionarla (65).

En otro caso se dijo que vicios ocultos son los que no pueden ser advertidos en la entrega, ya sea porque su descubrimiento exige un estudio técnico, o porque aún no habían alcanzado una exteriorización nítida susceptible de comprobarse por medios habituales (66).

Daniel Moeremans ha expuesto que “por vicios ocultos debe entenderse los defectos o las imperfecciones de la obra que no pueden exteriorizarse, percibirse o apreciarse al momento de la recepción, o a través de una investigación cuidadosa y atenta, sino que se ponen de manifiesto tiempo después y cuya causa sea imputable al empresario, como la mala construcción, o la mala calidad de los materiales empleados. En este tópico se equipara... la diferencia entre lo ejecutado y la calidad prometida” (67).

No podría pretenderse que constituyen vicios ocultos deficiencias que son advertibles a simple vista, mediante un examen prolijo. Vicios ocultos son aquellos que no pueden ser captados a simple vista por el hombre común ni por el técnico comisionado por el comitente para que revise los trabajos antes de tomar posesión de la cosa; son aquellos que pasan o pueden pasar inadvertidos al recibirse los trabajos (68).

El concepto de *vicio oculto* está indisolublemente ligado al concepto de inspección diligente de la obra. Si una inspección diligente de la obra no permite advertir el vicio, el mismo es vicio oculto, sin que corresponda exigir al comitente que realice inspecciones ruinosas, que impliquen roturas de paredes, socavamientos de cimientos, etc. Exigir un nivel tal de detalle y precisión de la inspección sería más que exigir diligencia, exigir alienación o delirio al comitente (69).

En esta línea, la justicia española resolvió que constituyen vicios ocultos los defectos de impermeabilización del piso, es decir, la falta de aislación de la carpeta; se dijo que ello era de imposible descubrimiento una vez finalizada la obra, pues para su constatación hubiera sido necesario, levantar todo el revestimiento del piso y la carpeta de ce-

mento, rehaciendo en definitiva la obra de impermeabilización, lo que no cabía exigir al dueño de la obra, debiendo considerarse el defecto de impermeabilización un vicio oculto (70).

Y el nuevo Código Civil y Comercial extiende “la responsabilidad por vicios ocultos... a los vicios redhibitorios: los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no lo habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor (art.1051). Excluye de la responsabilidad por defectos ocultos aquellos que el adquirente conoció o debió haber conocido mediante un examen adecuado de las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva expresa de aquéllos. Y los defectos que no existían al tiempo de la adquisición (art.1053)” (71).

La pregunta clave consiste en: ¿cuál es el nivel de diligencia que llena el paradigma del *buen* comitente?

Si se entiende en sentido corriente, el término de “buen” no sería cumplido, como exigencia, hoy por casi ningún comitente, puesto que no sería equiparable al concepto medio, sino precisamente, a un modelo de conducta que roza la perfección (72). Entre nosotros el concepto “buen” se refiere, más que al término medio, a quien roza la excelencia en su cometido.

Sin duda el concepto de *buen* comitente debe construirse a partir de las pautas suministradas por el art. 1725, CCyC, aunque no cabe extremar demasiado la tesis, pues de exigirse demasiado al comitente, se provocaría además un resultado paradójico: la fácil liberación de responsabilidad del constructor.

Es así que la diligencia en la inspección que cabe exigir al comitente es una diligencia media, la diligencia de un hombre prudente y razonable. No más, pero tampoco menos.

Y ¿cuáles son ejemplos paradigmáticos de *vicios ocultos*?

Un buen ejemplo de *vicio oculto* es la falta de fijación suficiente de un tinglado; comprobar este extremo implicaría la necesidad de picar paredes, desenterrar lingas y fijaciones, etc., todo lo cual es innecesario ante una obra nueva (73).

Otros ejemplos son la deficiente colocación de membrana asfáltica y falta de baldosas en la azotea del edificio; la obstrucción de cañerías por restos de material; y los problemas en columnas, desagües cloacales y pluviales (74). También lo son los problemas de impermeabilización en el techo (75). Otro supuesto es la falta de resistencia de una construcción, muro o techo, para soportar el tipo de esfuerzo producido por el viento (76).

Y cabe recordar que en un fallo del Tribunal Supremo de España se indicó que “en el concepto de ruina al que alude el art. 1591, CC, cabe incluir todos aquellos defectos constructivos que hagan inútil la edificación para la finalidad que le es propia, como ocurre si los sótanos de la finca se inundan, las fosas sépticas no cumplen su normal destino, las fosas de los ascensores también sufren inundaciones y el ramal de acometida de agua es deficiente” (77).

Obviamente no son estos todos los supuestos de vicios ocultos, sino algunos muy evidentes, que muestran el criterio con que deben analizarse los diferentes casos.

## V. Necesidad de la denuncia de los vicios ocultos bajo pena de caducidad

Hemos transcripto *supra* el artículo 1272 inc. b), CCyC; en lo que aquí interesa éste dispone que la recepción de la obra sin reservas produce la liberación de responsabilidad del contratista por los vicios o defectos no ostensibles al momento de la recepción, si ellos no fueran denunciados dentro del plazo de 60 días desde su exteriorización.

Cabe aclarar que esta denuncia del vicio oculto debe efectuarse por medio de una manifestación de voluntad *recepticia*, notificándosela al sujeto responsable, que sólo desde entonces producirá sus efectos propios; la norma referida fija además para realizar esa denuncia un plazo de 60 días contados desde el descubrimiento del vicio, el cual constituye un plazo de *caducidad*, que por lo tanto no se suspende ni se interrumpe y, en algunos supuestos, puede ser aplicado de oficio (78).

Efectuada en término la denuncia, el dueño de la obra está en condiciones de promover demanda, sea por eliminación de los vicios o por daños y perjuicios, o ambos conjuntamente.

En cambio, debe rechazarse la acción que prevé el art. 1272 inc. b), CCyC, por vicios ocultos, si la demanda se interpuso luego del plazo previsto en la disposición transcrita.

Cabe destacar, igualmente, que la ruina opera como excepción al sistema de denuncia de vicios evidentes y ocultos establecido por el legislador de la ley 26.994, como el comienzo del segundo párrafo del propio art. 1272, CCyC, lo expresa, ya que en dicho caso se ha fijado una responsabilidad de origen legal, no contractual, que no depende del cumplimiento de requisitos previos ni de la denuncia del vicio dentro del plazo de sesenta días.

Y se ha dicho que “en el nuevo Código Civil, a diferencia de lo que ocurría en el Código derogado, se han regulado en lo atinente a los vicios ocultos o diferencias de calidad que no pudieron ser percibidas al momento de la entrega el procedimiento para hacer valer la responsabilidad y los plazos que entran en juego, tanto respecto a la cadu-

dad y a la denuncia de la existencia de vicios cuanto a la prescripción de la acción. El régimen sería el siguiente: tratándose de inmuebles el comitente tiene 3 años para denunciarlos, se hayan o no hecho ostensibles y salvo que convencionalmente se acordara uno mayor. Pasado los tres años sin haberse exteriorizado el vicio, caduca ya el derecho del comitente a reclamarlos en el futuro” (79).

Sintetizando, si los vicios son aparentes, la recepción de la obra libera al constructor por ellos; si los vicios son ocultos, responde el constructor siempre que se cumpla con el procedimiento de denuncia dentro de los 60 días de conocidos, salvo que sean de tal gravedad que ocasionen, o necesariamente vayan a ocasionar, la ruina total o parcial, en cuyo caso, aunque el vicio no haya sido denunciado en término, responderá el constructor conforme el artículo 1273, CCyC, tema que dará motivo a un artículo nuestro posterior al presente.

## VI. Observaciones

Hemos pasado revista a algunos temas que la modificación legislativa en materia de obra ha puesto sobre el tapete. No son todos, sino los primeros, que seguramente otros estudios —*nuestros* y *ajenos*— complementarán.

Sólo intentamos llamar la atención aquí sobre algunos aspectos trascendentes de la temática que, si son soslayados, pueden ser el germen de graves yerros e iniquidades.

El de los vicios constructivos y de la inviabilidad de la obra para su destino es un régimen que, aunque posiblemente bien intencionado, pudo ser mucho mejor de lo que finalmente quedó plasmado en el nuevo Código y en el Anteproyecto que lo precediera.

Es más, llama la atención que acaso unos pocos autores hayan advertido, en los años que van desde que el Proyecto salió a la luz hasta nuestros días, sus errores, omisiones y deficiencias en esta materia.

Parte de la doctrina elaboró un canto de alabanzas, que no se privó de lanzarle al nuevo Código, todo género de halagos y bienaventuranzas o de matizar tibias críticas, llamativos silencios y encendidos y desmedidos elogios.

No decimos que el régimen del contrato de obra del nuevo ordenamiento no sea suficiente para que un buen juez haga justicia aplicándolo a un caso.

La experiencia nos ha demostrado que un buen juez puede hacer justicia casi con cualquier norma, incluido este Código y este régimen contractual.

Pero el que aquí analizamos constituye un mecanismo complejo, no fácil de captar,

● CONTINÚA EN PÁGINA 8

## { NOTAS }

(65) Cfr. Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 1ª, 8/3/01, rec. 1366/1998, ponente: Sr. Herrando Millán, en sist. Inform. *El Derecho* (Esp.), caso 2001/6725.

(66) CCiv. y Com. Rosario, Sala I, 15/8/80, “Etarco, S.R.L. c. Pinasco, L. F.”, Zeus 980-21-161.

(67) MOEREMANS, Daniel E., “Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial”, en Sup. Esp. *La Ley Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*, Buenos Aires, 2015 (abril), ps. 94 y ss.

(68) RONDINA, Homero, “La responsabilidad civil y el contrato de construcción”, cit., p. 310.

(69) LÓPEZ MESA, “Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras”, cit., ps. 232 y ss.

(70) Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, 16/3/00, sent. N.º 164/2000, ponente: Sr. Hoz de la Escalera, en sist. Inform. *El Derecho* (Esp.), caso 2000/23211.

(71) YMAZ VIDELA, Esteban, “El contrato de obra en el Código Civil y Comercial”, LALEY, 7/8/2015, p.1.

(72) Vid LÓPEZ MESA, M., “El hombre y sus circunstancias (De nuevo sobre el art. 902 del Código Civil)”, JA 1998-I, ps. 753 y ss.

(73) En un caso así se declaró judicialmente que la destrucción de un tinglado por la acción de agentes naturales, que se ha hecho posible por la insuficiencia de sus anclajes en tierra, genera la responsabilidad por ruina que le incumbe al locador de la obra de instalación y fijación en el suelo (C1ªCiv. y Com. Bahía Blan-

ca, 31/8/78, “Gelaín, Cayetano C. c. Ávila, Juan B.”, LA LEY, 1979-D, 610 (35.261-S); JA 979-II-506.

(74) Cfr. el fallo de la CNCiv., sala G, 10/12/03, “Consortio Malabia 579/87 e. J. Velazco 566 c. Empren S.A.”, LA LEY, del 30/12/03, p.5.

(75) CCiv. y Com. 3ª Nom. Córdoba, 23/4/01, “Cocco, Graciela c. Rivera Garat, Julio”, LLC 2001-877.

(76) Sobre el particular se indicó que la ruina de la obra producida por fuertes vientos, que son previsibles en el lugar en razón de su frecuencia, genera la responsabilidad del constructor (C1ªCiv. y Com. Bahía Blanca, Sala I, 31/10/80, “Tourinán, Carlos R. c. Rey, Rubén M.”, DJBA 120-293). En otro caso se responsabilizó al constructor por los daños y perjuicios ocasionados por la caída de un muro, si su construcción

no fue calculada para soportar el tipo de esfuerzo producido por el viento (CCiv. y Com. La Matanza, sala I, 10/9/02, “Valbuena García, Amancio c. Gamarra, José L. y otro”, RCyS, 2004-I, 60).

(77) TS España, Sala 1ª, 10/7/90, ponente: Sr. Fernández Rodríguez, La Ley (Esp.), t. 1990-4, p. 579.

(78) Vid. LÓPEZ MESA, M., “La caducidad de los derechos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en LALEY, 2015-E, 903.

(79) MOEREMANS, Daniel E., “Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial”, en Sup. Esp. *La Ley Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*, Bs. As., 2015, ps. 94 y ss.

## ● VIENE DE PÁGINA 7

en ocasiones difícil de aplicar, que parece un rompecabezas, que debe armarse pieza por pieza y trabajosamente, para hallar soluciones concretas aceptables.

Y es sabido que el apuro y el fárrago tribunalicio, amén de la particular situación y composición actual de nuestros foros, no permite frecuentemente ver distinciones precisas ni sutilezas eruditas y, mucho me-

## { NOTAS }

(80) BERTONE, Sergio, "Régimen de vicios aparentes y ocultos, y ruina, en el Código Civil y Comercial", en DJ, nº 31 (5 ago. 2015), ps. 1-14.

nos, construcciones levantadas a la medida de un caso que, a la vez, no aparejen una toma de postura ideológica o una solución muy discutible.

Esas construcciones judiciales majestuosas, profundas, que cuando jóvenes estudiantes o abogados noveles provocaban nuestra admiración, han quedado relegadas a un pasado lejano.

En nuestros días, distintos a los de nuestra formación, raramente se ven originalidades judiciales que, a la par, no comporten meras ocurrencias.

Lo expuesto en este aporte vale sólo como un llamado de atención sobre la necesidad de mirar con detenimiento este nuevo régimen y aplicarlo con tino.

En el cierre diremos que nos parecen agudas las palabras de Sergio Bertone, un abogado y arquitecto, que es uno de los pocos que se ha ocupado técnicamente de este tema, que transcribimos a continuación: "Enfrentando uno de los problemas interpretativos más engorrosos que he tenido ante mí, me propongo abordar la responsabilidad por vicios de distinta entidad (a fin y al cabo, la ruina edilicia no es más que consecuencia de uno o varios de ellos). Donde, adelanto opinión, aquello que parece claro es de todo, menos claro, y nunca tuvo más sentido el concepto de Código en tanto sistema normativo. O, dicho de otro modo, la mejor manera de ir por caminos erróneos será tratar de entender el problema mirando el árbol (exclusivamente los arts. 1051 a 1058 y 1270 a 1276 del C.C. y Com.) en lugar del bosque" (80).

Ojalá los operadores jurídicos no desoigan este llamado a la prudencia y a la visión panorámica, interpretando ciegamente y sin distinciones este régimen que hemos analizado y que tanto puede ser una solución como un problema, según la ciencia y la formación del juez que lo emplee. ●

Cita on line: AR/DOC/608/2016

## ! MÁS INFORMACIÓN

Moeremans, Daniel E., "Contrato de obra y de servicios en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 94.

## \_COLUMNA DE OPINIÓN

*El abuso procesal judicial*

## ● VIENE DE TAPA

ción de poder" cuando el órgano estatal se sirve de una potestad legal para fines o por motivos distintos a los contemplados por la norma respectiva (11). La traición a los fines adecuados que importa una "desviación de poder" puede obedecer a finalidades personales, beneficiar a terceros, etc. (12).

Ahora bien: la falta de demostración acerca de cuál era el fin real perseguido no legitima la circunstancia de que concurre una desviación del objetivo perseguido por el ordenamiento (13).

Cierto es que un sector de la doctrina especializada usa la expresión "exceso de poder" para referirse a lo mismo, pero debe reservarse para referirse a supuestos en los cuales el órgano ha actuado pese a ser incompetente (14).

Vale la pena señalar los puntos de contacto existentes entre ambas categorías (el abuso procesal y la "desviación de poder"). Veamos.

Tanto la "desviación de poder" administrativa como el abuso procesal (de parte y judicial) involucran un apartamiento de una finalidad asignada por el ordenamiento. Marienhoff enseña que hay desviación

de poder cuando el órgano estatal se sirve de sus potestades legales para fines distintos a los previstos por las normas respectivas (15), mientras que en el terreno del abuso procesal se ha dicho y repetido que lo que lo identifica es la traición a las finalidades de instituciones o normas y ello por más que no se vulnere disposición legal expresa alguna.

Prosiguiendo con el estudio de los puntos en contacto en cuestión tenemos que en la desviación de poder al igual que en el abuso procesal no es menester dolo, culpa o malicia alguna. Alerta sobre el punto Marienhoff (16), en consonancia con la procesalística civil (17).

Al igual que la "desviación de poder" que debe ser ponderada con criterio restrictivo (18), en el abuso procesal civil ante la duda debe preferirse considerar que no ha existido (19).

Asimismo, concuerdan ambos institutos en que el acto inficionado por abuso sea declarado nulo (20).

Ya a estas alturas, habrá advertido el lector que lo apuntado precedentemente obedece a nuestra convicción acerca de que el abuso procesal judicial es un particular abuso de poder cometido por un órgano estatal (el juez) en el ámbito de un proceso civil; singularidad que merece la adopción de soluciones variadas, contundentes y creativas para conjurar su consumación. Aquí, más abajo, examinaremos una, pero hay muchas otras.

En verdad, el abuso procesal judicial es proteico ya que asume ropajes y formatos

distintos. Así es que puede darse merced al hostigamiento judicial de testigos, al ejercicio de presiones judiciales intimidatorias para que se concrete una conciliación o al despacho de pruebas oficiosas al solo efecto de "ganar tiempo". Empero, existen otras mucho más sofisticadas y difíciles de desbaratar.

Repárese, por ejemplo, en la hipótesis de un juez que utiliza el formato de las pruebas de oficio que son irrecorribles (21) para deslizar en su seno decisiones palmariamente contrarias a Derecho. ¿Qué hacer? Pues "poner al día" el ideario del abuso procesal en general que establece que nunca una maniobra abusiva puede ser exitosa (22), y así, volviendo al caso hipotéticamente planteado, deberán tenerse por recurribles las decisiones en materia para mejor proveer que no lo eran. Sobre el punto, debe citarse un señero caso del ideario del abuso procesal judicial representado por lo resuelto el 22/6/2015 por la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú en "Bravo Mirta s. Usucapión - Recurso de Queja". En dicha causa, donde resultaba opinable si era recurrible o no, la Alzada consideró necesario "sortear aspectos meramente formales para resguardar principios y derechos sustanciales que merecen mejor resguardo", admitiendo así la queja hecha valer.

No implica ello una solución "revolucionaria" o carente de todo respaldo dado que si bien se mira conjuga, adecuadamente, con soluciones provenientes de añejos institutos aceptados sin reservas cuales son el "exceso ritual manifiesto" (23) y la concesión del recurso extraordinario por grave-

dad institucional (24), donde lo que no era recurrible termina siéndolo al empuje del valor "Justicia".

Obviamente, cuando un juez se aparta de una finalidad prevista por la ley, su conducta es antijurídica y ello no sólo es reprochable sino que puede y debe ser objeto de proceder encaminados a evitar que dicha conducta contraria a Derecho resulte exitosa.

La singular amplitud concedida al abuso del derecho por el artículo 10 del Código Civil y Comercial, legítima, sobradamente, un proceder que propenda a que los magistrados lleven adelante su ministerio mediante un adecuado cumplimiento de sus potestades y de sus deberes funcionales.

Habitualmente, será la parte interesada la que postulará la declaración de la existencia de un abuso procesal judicial y las consecuencias derivadas de ello. Éstas dependerán del abuso judicial procesal de que se trate que, como se ha dicho, pueda adoptar múltiples formatos siendo, por ende, variadas y diferentes las soluciones que puedan decretarse. Como fuere, se debe tener en cuenta que la declaración de la incidencia de un abuso procesal judicial es excepcional y de interpretación restringida, pero cuando no se registren dudas acerca de su concurrencia, el magistrado interviniente puede y debe llevar a cabo todo lo necesario para hacer retornar a la buena senda al pretor "desviado" de su potestad de "decir el Derecho". ●

Cita on line: AR/DOC/777/2016

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) PEYRANO, Jorge W., "Abuso de los derechos procesales", en *Abuso de los derechos procesales*, publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, p. 69 y ss.

(2) RAMBALDO, Juan Alberto, "El abuso procesal", en AA.VV., *Abuso procesal*, Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Rubinzal-Culzoni, p. 226: "Abuso de poder: que se manifiesta por el uso indebido de las facultades judiciales".

(3) PEYRANO, Jorge W., "Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil", en *Abuso Procesal*, p. 189 y ss.

(4) PEYRANO, Jorge W., ob. cit. en nota 1.

(5) PEYRANO, Guillermo, "Abuso de derechos procesales", en *Abuso Procesal*, p. 179.

(6) BALESTRO FAURE, Miryam, "La proscripción

del abuso de los derechos procesales", en *Abuso Procesal*, p. 150.

(7) GELSI BIDART, Adolfo, "Abuso del proceso", ED 96-597.

(8) VARGAS, Abraham, "El ejercicio abusivo del proceso", en *Abuso Procesal*, p. 320.

(9) DIEZ, Manuel, "El acto administrativo", 6ª ed., Tea, ps. 406/7: señala las similitudes entre el abuso del derecho y la desviación del poder, citando a Demogue.

(10) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", AbeledoPerrot, t. II, 6ª ed., p. 207.

(11) MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, AbeledoPerrot, p. 488 al pie.

(12) DIEZ, Manuel, "Derecho Administrativo", t. II, Omeba, p. 347.

(13) MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., p. 489.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 207 al pie.

(15) MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., p. 493.

(16) *Ibid.*, p. 489.

(17) PEYRANO, Marcos, "El abuso del Derecho y su inserción como un nuevo principio del proceso. Su diferenciación con el principio de moralidad procesal", en *Abuso Procesal*, p. 204.

(18) MARIENHOFF, Miguel, ob. cit., p. 493.

(19) PEYRANO, Jorge W., "Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil", en *Abuso Procesal*, p. 196.

(20) CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 207 y PEYRANO, Jorge W., "Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil", en *Abuso procesal*, p. 194.

(21) PEYRANO, Jorge W., "Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial", Zeus, p. 41.

(22) PEYRANO, Jorge W., "Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil", en *Abuso Procesal*, p. 193.

(23) BERTOLINO, Pedro, "El exceso ritual manifiesto", Editorial Platense.

(24) BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., "Recurso Extraordinario y la gravedad Institucional", AbeledoPerrot.

## JURISPRUDENCIA

### Saldo deudor de cuenta corriente bancaria

**Orden a la entidad bancaria de excluir las deudas originadas en el sistema de tarjeta de crédito. Incumplimiento de la ley 25.065. Orden público. Irrenunciabilidad de derechos. Procedencia parcial de la ejecución**

Véase en esta página, Nota a Fallo

**Hechos:** El juez rechazó “*in limine*” la ejecución intentada por un banco con fundamento en que el certificado de saldo deudor en cuenta corriente, base de la ejecución, contravenía lo dispuesto por los arts. 14 y 42, ley 25.065, al incorporar deudas originadas en el sistema de tarjetas de crédito. La Cámara revocó parcialmente el decisorio.

1.- Descartado que se trate de un supuesto de apertura de cuenta corriente bancaria con el fin exclusivo de debitar el saldo de tarjeta de crédito, corresponde revocar parcialmente la sentencia que rechazó *in limine* la ejecución por

incumplimiento de los arts. 14 y 42 de la ley 25.065 y, en consecuencia, ordenar a la accionante discriminar esos importes a fin de enderezar la pretensión, pues, excluyendo esos importes, el título resulta hábil a fin de ser ejecutado mediante el proceso ejecutivo.

2.- Cualquier renuncia de derechos impuesta en el contrato de apertura de la cuenta corriente bancaria o en el contrato de tarjeta de crédito que implique derechos derivados de la ley 25.065 configura una cláusula nula, pues se trata de derechos indisponibles (arts. 37 inc. b], ley 24.240, y 14, inc. a], ley 25.065), máxime cuando, de lo contrario y mediante un simple recurso instrumental y bilateral incorporado a una norma de carácter privado en beneficio de la entidad bancaria —emisión de certificado previsto por el art. 793, Cód. Com.—, se violaría toda la protección legal de orden público establecida en la normativa citada.

119.080 — CNCom., sala F, 29/12/2015. — “Banco Santander Río SA c. Zárate, Stella Maris s/ ejecutivo”.

Cita online: AR/JUR/65187/2015

#### ! COSTAS

Por su orden, atento al estado inicial de las actuaciones y a la particular cuestión decidida.

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 29 de 2015.

Vistos: 1. Apeló el actor la resolución dictada a fs. 46/7 en cuanto rechazó *in limine* la ejecución interpuesta.

Los fundamentos del recurso lucen agregados a fs. 51/56.

Sostuvo el *a quo* que el certificado de saldo deudor en cuenta corriente base de la presente ejecución contravenía lo dispuesto por los arts. 14 y 42 de la Ley 25.065 al incorporar deudas con origen en el sistema de tarjetas de crédito, todo lo cual determinaba la inhabilidad del título con el que se promovía la acción.

2. Cabe recordar que la constancia de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, requiere para ser ejecutable: (i) mención del importe de la cuenta al tiempo de su cierre, y (ii) las firmas conjuntas de los funcionarios habilitados por la ley al efec-

to, sin que sea menester el cumplimiento de ningún otro recaudo (CNCom., en pleno, 05/09/1969, “Banco de Galicia SA c. Luschich, Jorge”, ED, 28-689); requisitos que se encuentran cumplidos en el título copiado a fs. 6.

Sin embargo, en el caso se rechazó la ejecución con fundamento en lo normado por la Ley 25.065, arts. 14 inc. h) y 42.

El referido art. 42 establece imperativamente que los saldos de tarjetas de crédito existentes en cuentas corrientes abiertas “exclusivamente” a ese sólo efecto, no serán susceptibles de cobro ejecutivo (esto es, por la vía del art. 793 del Cód. de Comercio). Para ello deberá la entidad emisora preparar la vía en el modo indicado en el art. 39 de la ley (conf. “Régimen de Tarjetas de Crédito, Ley 25.065, Revisado, Ordenado y Comentado” por Roberto A. Muguillo, Ed. Astrea, pág. 197).

En esa dirección, debe señalarse que cualquier renuncia de derechos impuesta en el contrato de apertura de la cuenta corriente bancaria o en el contrato de

CONTINÚA EN PÁGINA 10

## NOTA A FALLO

# Débito de tarjeta de crédito en la cuenta corriente bancaria

Eduardo Barreira Delfino

El fallo bajo análisis resulta interesante porque lleva a reflexionar acerca de las respectivas funciones económicas que cumplen dos contratos bancarios de utilización masiva, como son la cuenta corriente bancaria (regida por los arts. 1393 a 1407 del Cód. Civ. y Com.) y la tarjeta de crédito (regulada por la ley 25.065); operaciones que se intervienen entre sí, razón por la cual sus dinámicas operativas generan confusiones, no sólo en la práctica cotidiana sino también en los debates doctrinarios y jurisprudenciales. Tal es el caso del pronunciamiento de primera instancia y su revocatoria por la alzada.

En función de lo expuesto, es conveniente precisar algunos conceptos.

*Acerca de la cuenta corriente bancaria*

El contrato de cuenta corriente bancaria regulado en el nuevo Código, siguiendo los lineamientos del derogado Código de Comercio, configura un contrato entre una entidad bancaria y un cliente, por el cual, en virtud de un depósito irregular de dinero hecho por este último (provisión de fondos propia) o de una apertura de crédito a su favor (provisión de fondos del propio banco), el cliente tiene la facultad de disponer de su saldo mediante el giro de cheques o en otras

formas previstas por la ley o de conformidad con lo convenido con el banco.

Es el contrato bancario por excelencia; ya que es el que registra mayor cantidad de cuentas abiertas en el mercado y, a través del cual se dinamizan las mayores sumas de dinero en las transacciones, tanto en el sector privado como en el sector público, aspectos ambos que acreditan la trascendencia que representa esta herramienta contractual bancaria para la fluidez de la cadena de pagos en su conjunto.

Más aún, es el único contrato de naturaleza bancaria propiamente dicho, que admite su calificación de modo subjetivo, o sea, en función de una de las partes contratantes — la entidad bancaria— puesto que solamente este tipo de entidades puede celebrar tal clase de contrato, conforme a lo prescripto por la ley 21.526. Los otros, denominados contratos bancarios, en realidad son contratos financieros (conforme a su esencia y naturaleza), por lo que pueden ser celebrados no sólo por las entidades bancarias sino también por las entidades no bancarias, empresas, asociaciones, particulares y organismos e instituciones de carácter público.

Esta importancia del funcionamiento del sistema de la cuenta corriente bancaria se trasluce en el especial interés del Estado en su reglamentación operativa (a cargo del BCRA), en la protección pública que la ley 24.485 le reconoce a los ahorros depositados, mediante el seguro de garantía de esos depósitos, para los supuestos de cierre

de cualquier banco por revocación de la autorización para funcionar, cuando el BCRA compruebe la existencia de problemas estructurales en la liquidez y solvencia que hagan imposible cumplir con el objeto social bancario en los términos de la ley 21.526 y en el régimen punitivo instaurado por la ley 25.730.

Prueba de ello es la profusa reglamentación del BCRA, que se explica por la incidencia que tiene la cuenta corriente bancaria en la política monetaria, en el dinero circulante y en la monetización de la economía (1).

Fácil resulta deducir, entonces, que se trata de un contrato autónomo y principal, cuya existencia se funda por sí mismo, sin subordinación a ningún otro contrato. Constituye un tipo contractual inequívoco dentro de la teoría general de la contratación bancaria, con notas distintivas que conforman la estructura jurídica de las operaciones que realizan las entidades bancarias. Por ello se dice —sin margen para el error— que no sólo es el único contrato bancario típico sino que es el contrato bancario por excelencia.

Esta particularidad conlleva que el contrato de cuenta corriente bancaria ofrezca una estructura jurídica dual en cuanto a la naturaleza de las cláusulas que lo integran, a saber:

– Cláusulas impuestas por el BCRA como autoridad de aplicación y en ejercicio de facultades expresamente delegadas (contrato reglamento), respecto de las cuales tanto el banco como el cliente quedan subordinados y obligados a acatarlas, aun contra su voluntad.

– Cláusulas predisuestas por la propia entidad (contrato de adhesión), razón que torna aplicable los principios tuitivos de las disposiciones de los contratos de adhesión (art. 984, Cód. Civ. y Com.) y los de defensa del consumidor bancario o financiero (art. 1384, Cód. Civ. y Com., y ley 24.240).

La diferenciación señalada no es una cuestión menor y está directamente vinculada con la labor interpretativa acerca de la manera de dirimir y responsabilizar cuestiones conflictivas suscitadas por el incumplimiento de alguna cláusula contractual en discusión.

Conteste con lo expuesto, resulta indiscutible que la cuenta corriente bancaria, por su inserción en el seno de la sociedad, configura una actividad de intenso interés público y el régimen legal que regula su funcionamiento exorbita el ámbito del derecho privado, atento a que sus connotaciones permiten considerar que se está en presencia de un plexo normativo de orden público, aunque no exista una norma expresa que así lo disponga.

*Acerca de la tarjeta de crédito*

Es bien sabido que la tarjeta de crédito es un documento de tamaño reducido y de fácil manejo, que actúa como título de legitimación, permitiendo a su titular obtener bienes o servicios sin necesidad de realizar su pago inmediato en dinero, limitándose al momento de la adquisición solamente a firmar un cupón, vale o comprobante que exterioriza la compra efectuada, el que será

CONTINÚA EN PÁGINA 10

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver [www.bcr.gov.ar](http://www.bcr.gov.ar) en Sección Normativa - Textos Ordenados sobre “Reglamentación de la cuenta corriente bancaria”.

## ● VIENE DE PÁGINA 9

tarjeta de crédito que implique derechos derivados de la ley que regula esta última materia, configuraría una cláusula nula por receptor una renuncia de derechos indisponibles (cfr. art. 37 inc. b de la Ley 24.240, art. 14 inc. a Ley 25.065). Caso contrario, y mediante un simple recurso instrumental y bilateral incorporado a una norma de carácter privado en beneficio de las entidades bancarias (vg. emisión de certificado previsto por el art. 793 C.Com.), se violaría toda la protección legal de orden público establecido en la ley de referencia. Por consiguiente, el débito de cargos por resúmenes de tarjeta de crédito en saldos deudores en cuenta corriente deberá igualmente cumplimentar todas las disposiciones que las leyes antes referidas contienen tanto para obtener su cobro, como en lo relativo a los deberes de información (conf. CNCom., Sala C, *in re* “Banco Itaú Buen Ayre SA c. Cisco, Hugo Orlando s/ ejecutivo” del 17/06/2009).

## ● VIENE DE PÁGINA 9

presentado por el comercio vendedor al emisor de la tarjeta, quien oportunamente abonará su importe y luego lo cargará en la cuenta que mantiene con el titular de la tarjeta.

La tarjeta de crédito funciona como un instrumento jurídico que permite a su titular realizar determinadas operaciones de adquisición de bienes o servicios sin necesidad de utilizar dinero en efectivo o cheques, con el propósito de facilitar los pagos respectivos. Configura un instrumento de facilitación de pagos, puesto que el pago correspondiente será efectuado directamente por el emisor de la tarjeta al establecimiento vendedor adherido al sistema. El empleo de la tarjeta de crédito posibilita que el pago de la factura no esté a cargo del titular adquirente sino del emisor, por lo que representa una cierta seguridad de cobro para el establecimiento vendedor.

Existe una verdadera concesión de crédito a favor del titular por parte del emisor, puesto que el titular sólo responderá del gasto realizado en un momento posterior, debiendo reintegrar al emisor las cantidades que éste hubiese abonado en concepto de utilización de la tarjeta de crédito por él emitida, en los períodos concertados, y en uno o en varios plazos, según hayan convenido. Esa concesión de crédito se manifiesta a través de la existencia de una apertura de crédito, que representa lo fundamental de la función financiera de este contrato. El tarjeta-habiente contrata con el emisor porque desea obtener la disponibilidad eventual de un crédito, para utilizar en la medida de sus necesidades o conveniencias. La apertura de crédito configura el objetivo fundamental de este contrato, ya que sin la existencia de crédito su utilización disminuiría.

Definitivamente, la tarjeta de crédito cumple una triple función económica, como instrumento de pago, instrumento de crédito e instrumento de garantía. Además cubre una función económica adicional, como instrumento que permite a su titular obtener dinero por mecanismos electrónicos, como sucede con las tarjetas de cajeros automáticos (art. 1, ley 25.065).

Su uso generalizado a nivel individual y corporativo representa la relevancia que

Ahora bien, ante el requerimiento efectuado a fs. 11 la entidad bancaria accionante manifestó que la cuenta corriente n°... no tenía como único fin debitar los saldos de la tarjeta de crédito, ascendiendo la deuda por uso de la misma a la suma de \$35.436,23 (fs. 45).

En este marco en el que, se reitera, no fueron cuestionadas las formas extrínsecas del título que aparece emitido, como se observó anteriormente, con sujeción a lo dispuesto por el C.Com 793 no cupo rechazar íntegramente la ejecución incoada.

Ello pues, teniendo en cuenta el estadio procesal de las actuaciones, con la manifestación de fs. 45 ap. I la actora cumplió con la exigencia del magistrado de grado, descartándose entonces que se trate de un supuesto de apertura de una cuenta corriente con el fin exclusivo de debitar el saldo de tarjeta de crédito -denominada “cuenta instantánea”-, por lo que el título en cuestión resulta hábil a fin de ser ejecutado mediante este trámite (conf. esta Sala, 18/05/2010, “Banco Santander Río SA c. González, Pedro Miguel y otro s/ ejecutivo”; íd. 24/05/2012,

tiene en el mundo de las transacciones de bienes y servicios, sin distinción de estrados económicos o sociales. Por tal razón, el art. 57, ley 25.065, expresamente señala que sus disposiciones son de orden público.

Es decir que tanto el contrato de cuenta corriente bancaria como el contrato de tarjeta de crédito se encuentran regulados por regímenes legales de orden público. Ahora bien, comparando ambos ordenamientos legales, no me caben dudas de que el sistema de cuentas corrientes bancarias es el que reviste mayor significación económica, financiera y social, de modo que, en función de ello, debe ponderarse el funcionamiento de ambos contratos como interpretarse su intervencionalidad operativa, en todos aquellos aspectos que generan controversias entre las partes involucradas.

Bajo esta óptica, pasamos a analizar el fallo en cuestión. En la primera instancia el *a quo* sostuvo que el certificado de saldo deudor en cuenta corriente no se ajustaba a lo prescripto por los arts. 14 y 42, ley 25.065, por contener deudas con origen en el sistema de tarjeta de crédito, lo cual conduce a la inhabilidad del título con el que se promovió la ejecución, razón por la cual rechazó la pretensión ejecutiva incoada.

Tal argumentación del *a quo* la estimo improcedente, porque la previsión del art. 14-h, ley 25.065, no resulta aplicable en la ocasión, puesto que la nulidad de la cláusula opera cuando el contrato de tarjeta de crédito prevé expresamente que las partes aceptan la vía ejecutiva para perseguir el cobro del saldo deudor que arroje el resumen respectivo ante su falta de pago (cláusula de convención ejecutiva). Es decir, la mentada norma persigue limitar la facultad de creación autónoma de títulos ejecutivos en materia de tarjeta de crédito, previendo una norma expresa que prohíbe expresamente el pacto de vía ejecutiva directa, pero habilitando la preparación de la vía ejecutiva. Esta situación no se da en el caso de autos.

Asimismo no resulta valedero invocar el art. 42, ley 25.065, porque no se está en presencia de saldos de tarjeta de crédito en cuentas corrientes abiertas a ese fin exclusivo; es decir, ante una cuenta corriente que no registra movimientos ge-

“Banco Santander Río SA c. Vázquez, Daniel Rubén s/ ejecutivo”).

Mas, con el efecto de excluir del monto que se pretende ejecutar el importe proveniente de operaciones derivadas del sistema de tarjeta de crédito y sus intereses (compensatorios y punitivos) -en tanto el certificado base de las presentes no cumple con los requisitos previstos por la Ley 25.065, arts. 39 y 41-, deberá la actora en el plazo de veinte días, discriminar esos importes, con el debido respaldo documental, y enderezar la presente acción.

En este aspecto, señalase que en relación a la cuenta corriente y al sistema de tarjeta de crédito, las obligaciones asumidas y propias de cada relación jurídica no pueden extenderse sin más a la otra relación jurídica entre las partes, pues los efectos de ambos contratos deben entenderse dentro de los límites de cada uno de ellos por cuanto obedecen a diferentes regímenes jurídicos (CNCom., Sala C, *in re* “Rodríguez, Alicia c. Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario”, del 26/05/1995, LA LEY 1996-E-649).

nuinos a su operatoria, dado que la misma fue abierta sólo para registrar movimientos de la tarjeta de crédito solamente. En las actuaciones no ha sido acreditada la desnaturalización de la cuenta corriente, por funcionar exclusivamente al servicio de la tarjeta de crédito (caso de las famosas cuentas “instantáneas”, que dieron lugar a la distinción pretoriana de cuentas corrientes operativas y no operativas).

Hoy en día, las mentadas normas de la ley 25.065, prácticamente han sido deserradas en los usos bancarios, por eso llama la atención su invocación. Sólo excepcionalmente puede llegar a detectarse una cuenta corriente abierta sólo para dinamizar los pagos y cargos de la tarjeta de crédito o bien, ya que la reglamentación del BCRA establece que las cuentas corrientes deberán contar con el uso de cheques, salvo que estén abiertas a nombre de personas jurídicas, en cuyo caso podrá establecerse que sea opcional la utilización de cheques punto 1.2. de la reglamentación según texto ordenado al 21/01/2016.

Ahora bien, el tribunal de alzada no adhirió a los fundamentos del *a quo* y descartó que se trate de un supuesto de apertura de cuenta corriente con el fin exclusivo de debitar el saldo de tarjeta de crédito, por lo que consideró hábil el título en cuestión.

Pero, respecto del monto que se pretendió ejecutar, el tribunal señala que procede excluir el importe proveniente de operaciones derivadas del sistema de tarjeta de crédito y sus intereses, por vulnerarse los requisitos previstos por los arts. 39 y 41, ley 25.065, los que deberán ser discriminados con el debido respaldo documental y detraerse para enderezar la ejecución.

Afirma también que las obligaciones asumidas y propias de cada relación jurídica no pueden extenderse sin más a la otra relación jurídica entre las partes, pues los efectos de cada contrato deben entenderse dentro de los límites de cada uno de ellos, por cuanto obedecen a diferentes regímenes.

Recuerda el tribunal que cualquier renuncia de derechos impuesta en el contrato de apertura de la cuenta corriente bancaria o en el contrato de tarjeta de

Todo ello, sin perjuicio de las defensas que, en su caso, oponga el demandado las que serán atendidas en la oportunidad pertinente.

3. Por ello, se resuelve: Con el alcance dispuesto, revocar la resolución de fs. 46/7. Costas por su orden, atento el estado inicial de las actuaciones y la particular cuestión decidida con el alcance sentado en el precedente de esta Sala del 25/09/2014, “Zenobio, Marcela Alejandra s/ pedido de quiebra por Delucchi, Martín C. n° 31.445/2011).

Notifíquese al domicilio electrónico denunciado o en su caso, en los términos del art. 133 Cód. Proc. Civ. y Comercial (Ley 26.685, Ac. CSJN 31/2011 art. 1° y 38/2013) y hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. — Alejandra N. Tévez. — Juan M. Ojea Quintana. — Rafael F. Barreiro.

crédito que implique derechos derivados de la ley que regula esta última materia, configuraría una cláusula nula, por receptor una renuncia de derechos indisponibles (arts. 37-b, ley 24.240, y 14-a, ley 25.065).

Si bien el Tribunal convalida el certificado de saldo deudor por considerar que obedece a una cuenta corriente auténtica, cae en confusión al ordenar el detrimento de los débitos de tarjeta de crédito y sus intereses, puesto que subordina el régimen de la cuenta corriente al régimen de la tarjeta de crédito, a pesar de ser ordenamientos reguladores que revisten carácter de orden público, por las razones apuntadas al principio.

La autorización que da el titular de la tarjeta de crédito para que se debiten sus saldos deudores en la cuenta corriente bancaria, no implica renuncia de derechos indisponibles sino a su intención de despreocuparse por los vencimientos de la tarjeta de crédito. Por ello acepta voluntariamente que sus saldos deudores de tarjeta de crédito sean cancelados con los fondos suficientes que tuviera en la cuenta corriente bancaria, o bien sean transformados en deuda de la cuenta corriente por abonarse la tarjeta utilizándose fondos del descubierto que se tuviere autorizado. Va de suyo que, en ambos supuestos, el pago lo realiza el banco correspondiente.

Téngase presente que el art. 1395, Cód. Civ. y Com., autoriza a acreditar y debitar en la cuenta corriente, los créditos que otorgue el banco al cliente (entre ellos los acuerdos de descubierto). Y la reglamentación del BCRA en la materia, también autoriza tales movimientos en la cuenta corriente bancaria.

En uno y otro caso, las tarjetas de crédito debitadas quedan canceladas y ese es el interés primordial que persigue el titular, debido a que mediante el débito en la cuenta corriente bancaria evita que su deuda de tarjeta venza y ante la falta de pago se vuelva exigible, cuestión que evita mediante su débito en la cuenta corriente bancaria. El titular decide así evitar la exigibilidad de la deuda de tarjeta.

Obsérvese que el débito en la cuenta corriente bancaria, asegura el pago (total o mínimo) del resumen de la tarjeta de crédito, naciendo una nueva deuda si ese pago el

banco lo hace afectando el margen de descubierto autorizado.

Consecuentemente, en esa tesitura, cabe preguntarse: si posteriormente detraigo el débito operado en la cuenta corriente bancaria con causa en la tarjeta de crédito, tal como lo desliza el fallo de segunda instancia que comentamos, ¿qué deuda representa esa detracción si la tarjeta de crédito ya ha sido cancelada?

Resulta que no alcanza a comprenderse en su real significación la importancia del descubierto bancario que hace a la provisión de fondos que debe tener la cuenta corriente bancaria para su debida funcionalidad ni tampoco la compensación que se produce diariamente entre los créditos y débitos que se anotan en la misma.

*Sobre la provisión de fondos*

Resulta indiscutible que en la actualidad las cuentas corrientes bancarias operan con provisión de fondos propia pero también ajena, o sea, cuando el propio banco autoriza girar en descubierto, por existir un acuerdo en tal sentido (de base contractual o descubierto autorizado), o bien, por decisión propia del banco (de base unilateral o descubierto no autorizado) en cuyo caso, la utilización de los fondos autorizados genera el devengamiento de intereses a tasa activa, por lo que en tales circunstancias, la cuenta corriente bancaria mutaría su categorización de operación pasiva a la de operación financiera activa.

O sea que, de conformidad con las políticas comerciales trazadas por los bancos, las cuentas corrientes bancarias se nutren de:

- Fondos aportados por el propio cuentacorrentista (depósitos y transferencias propios o de terceros), que no generan intereses a favor del mismo.

- Fondos adelantados por los bancos a favor del propio cuentacorrentista (descubiertos autorizados o no autorizados), los que sí devengan intereses a su cargo.

Va de suyo que esta mutabilidad es constante y en ambas direcciones (bidireccional), conforme sea el origen de la provisión de fondos que se vaya utilizando. Para el banco, lo ideal consiste en que la cuenta corriente bancaria registre saldos deudores, porque ello implica que el banco ha asistido crediticiamente al cuentacorrentista a una tasa de interés que es fijada de común acuerdo entre ambas partes (descubierto autorizado) o por el propio banco, conforme sea el umbral de riesgo evaluado (descubierto no autorizado).

Al respecto procede señalar que tales tasas acostumbra a ser de las más elevadas, circunstancia que tiene su explicación técnica y que consiste en el derecho que tiene el cuentacorrentista a la disponibilidad inmediata de fondos que se le reconoce, disponibilidad que es de ejercicio unilateral, sin que la institución bancaria pueda oponerse o negarse o en la facultad del banco de adelantar fondos, en circunstancias especiales con el propósito de evitar los daños que le ocasionaría al cuentacorrentista, el rechazo de un cheque por insuficiencia de fondos.

Fácil resulta advertir que la cuenta corriente bancaria no puede operar sin fondos preexistentes o sin crédito otorgado (el acuerdo de sobregiro constituye un componente activo en un contrato bancario calificado de pasivo), por lo que puede concluirse que la dinámica contractual y operativa se encuentra integrada por dos segmentos de contenido económico y financiero que funcionan en forma alternada y armónicamente.

Esta particularidad lleva al cuentacorrentista a autorizar el débito en su cuenta corriente bancaria, las deudas provenientes de operaciones y servicios varios (entre ellos, las de tarjeta de crédito).

*Sobre la trascendencia de la compensación*

Vista la evolución operativa de la cuenta corriente bancaria, es preciso resaltar la siguiente particularidad. En la concepción clásica, la anotación de partidas pertinentes al servicio de caja asumido, se formalizaba —principalmente— conforme a depósitos que efectuaba el propio cliente. Ergo, ello dificultaba la difusión del instituto de la compensación, como medio extintivo de las obligaciones (art. 921, Cód. Civ. y Com.).

Pero, en la concepción moderna resulta posible la anotación de aquellas partidas propias de la cuenta corriente bancaria y también de otras partidas distintas originadas en otros contratos base (por ejemplo, contrato de medicina prepaga); incluso, en numerosas cuentas, estas últimas partidas superan las propias de la cuenta corriente bancaria. Por lo tanto, esta realidad hace interesante la difusión del instituto de la compensación, como finalidad perseguida al celebrar el contrato de cuenta corriente bancaria.

A través de ella, las partes deciden someter sus créditos recíprocos, a un régimen jurídico único de pagos. Mediante la adopción de este sistema, las partes persiguen unificar en la cuenta corriente bancaria los pagos que se generen para uno y otro, en función de los contratos autorizados que correspondan anotar, con el fin de evitar la exigibilidad de los créditos y débitos, “mediante la compensación”, hasta el cierre definitivo que determina el saldo final exigible (ya sea deudor como acreedor).

Conforme esta visión, la intencionalidad del cuentacorrentista y del banco, es vincularse para utilizar la cuenta corriente bancaria como un contrato de “administración recíproca” de los créditos y débitos que se vayan sucediendo entre ellas (entre ellos, los derivados de la tarjeta de crédito).

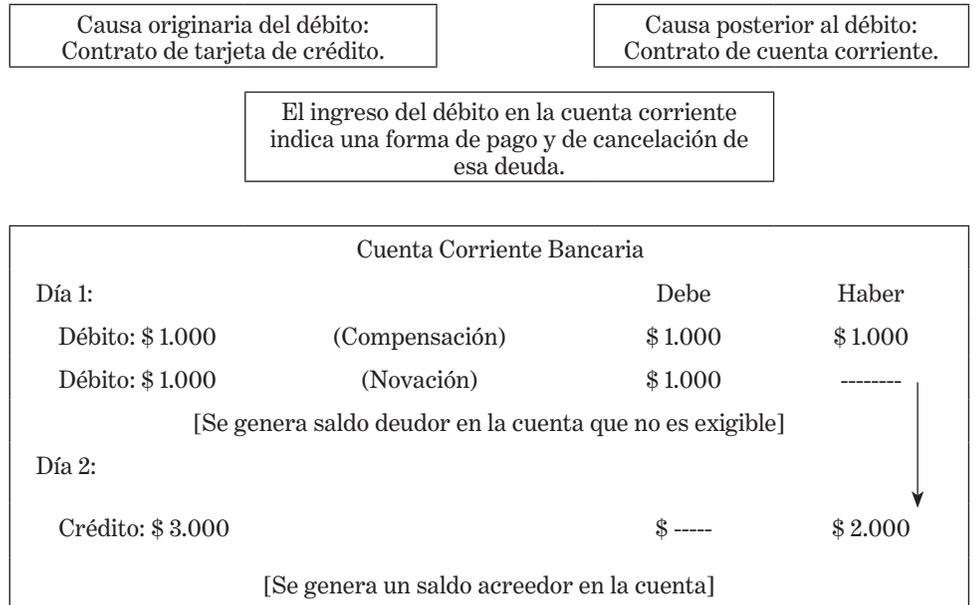
Bajo la fisonomía actual de la cuenta corriente bancaria, fácil resulta observar que cualquiera de las partes del contrato puede ocupar indistintamente la posición deudora o acreedora a lo largo de la relación de cuenta corriente bancaria. Tal circunstancia evidentemente lleva a preguntarse si los débitos y los créditos recíprocos, que nutren la cuenta corriente bancaria todos los días y que se compensan diariamente, tienen efectos novatorios o no, de conformidad con la definición de que la novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla (art. 933, Cód. Civ. y Com.).

En mi opinión, entiendo que sí, en razón de la concesión de crédito (descubierto) que hacen los bancos a favor de los cuentacorrentistas al celebrar el contrato. Esta particularidad funcional es una realidad innegable, que conlleva que la deuda por tarjeta de crédito, al ser debitada, se extinga y nazca otra nueva deuda, la cancelación de descubierto utilizado.

Téngase presente que uno de los efectos esenciales del contrato de cuenta corriente bancaria es el destino de los créditos recíprocos que se generen durante su vigencia, van a ser compensados por el mecanismo de la cuenta corriente; compensación que se produce diariamente y de manera obligatoria, sin excepciones.

Obsérvese que el crédito o el débito que entra en la cuenta dejan su existencia jurídica autónoma y pasan a ser una partida de una cuenta única.

**Mecanismo de la Novación**



Si el efecto compensatorio es fundamental en la dinámica de la cuenta corriente bancaria, sin el cual no puede concebirse el contrato, va de suyo que el efecto novatorio de los débitos y créditos que se vayan operando por la compensación, es una derivación indefectiblemente necesaria.

Más aún, el agrupamiento de las remesas en una masa crediticia homogénea no es incompatible con compensaciones progresivas que se vayan produciendo a medida que los créditos y débitos entran en la cuenta. La fusión de los movimientos, como fenómeno económico, resulta incontestable, máxime ante los modernos procedimientos de contabilidad automatizada aplicables en la actualidad, donde los sistemas tecnológicos registran “en línea y en tiempo real” cada movimiento operativo, circunstancia que posibilita su compensación en el mismo instante en que queda registrado.

Obviamente, esto implica que el pretendido efecto novatorio se consolida aún más; ya no hay que esperar al corte de la cuenta corriente en el momento pactado, sino a que se anoten día a día las partidas y, de ese modo, todas ellas se someten al mecanismo de la compensación.

Esa compensación y la novación subsecuente es el fin verdaderamente perseguido por las partes, puesto que los saldos que se vayan produciendo son provisorios y por lo tanto no son exigibles. Recién al cierre definitivo de la cuenta se determinará el saldo único que pasa a ser exigible para quien resulte acreedor.

El contrato de cuenta corriente bancaria es un contrato normativo que tiene por función jurídica y económica establecer la disciplina de futuras relaciones derivadas del propio contrato y de otros contratos, para someterlas a un mecanismo de compensación y pago.

En función de lo expuesto, resulta de suma utilidad para el titular de la cuenta corriente bancaria autorizar que le debiten los vencimientos de las cuotas del crédito hipotecario y del pago mínimo de la tarjeta de crédito a su cargo, atento a que con ello persigue evitar que ante la falta de pago de tales conceptos en debido tiempo los mismos configuren mora o sean exigibles, puesto que pasan a ser absorbidos por la cuenta corriente, ya sea afectando fondos propios suficientes o utilizando fondos suministrados por el propio banco, a raíz del acuerdo de sobregiro convenido oportunamente.

Por ello resulta válido sostener que mediante la autorización para debitar los pagos que proceda realizar al banco o a terceros (entre ellos, los de tarjeta de crédito), el titular de la cuenta corriente bancario neutraliza el riesgo de caer en estado de

morosidad y evita todas las consecuencias perniciosas que tal situación acarrea en lo jurídico, económico y social.

Convalidar la detracción de los débitos por tarjeta de crédito, en presencia de un certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria legítimamente válido implica un serio riesgo sistémico, porque permitiría a los titulares de tarjeta efectuar sus consumos, no pagar por los mismos atento a su débito en cuenta previamente autorizado y, luego, en oportunidad de cerrarse la cuenta corriente bancaria con saldo deudor, cuestionar la habilidad ejecutiva del certificado pertinente, invocando la vulneración de los arts. 14, 39, 41 y 42, ley 25.065, y complementariamente el art. 37, ley 24.240.

*Síntesis*

El fallo de primera instancia resulta inadecuado por sustentarse en normas impropiedades en el caso ventilado, como ser las disposiciones de los arts. 14 y 42, ley 25.065, que no son aplicables al caso en cuestión, por lo que la inhabilidad de título decretada careció de sustento legal.

El fallo de segunda instancia corrige ese enfoque, al sostener que el certificado de saldo deudor de la cuenta corriente bancaria que sustenta la ejecución es hábil, atento que la cuenta no tenía como único fin debitar saldos de la tarjeta de crédito, por lo que admite la habilidad del título ejecutivo en cuestión; pero se equivoca al disponer la detracción de las operaciones provenientes de la tarjeta de crédito y sus intereses, por no ajustarse a los requisitos previstos en los arts. 39 y 41, ley 20.065.

En este último sentido, el fallo de Cámara adolece del error de considerar que el certificado acompañado no cumple los requisitos establecidos en los mentados arts. 39 y 41, ley 25.065, que en realidad no son aplicables porque configuran normas de un régimen legal distinto al de la cuenta corriente bancaria, que es el que debe respetarse en la ocasión (arts. 793 del derogado Cód. Com. y 1406 del nuevo Cód. Civ. y Com.), por entenderse que no es posible la extensión del régimen legal de una relación jurídica (tarjeta de crédito) a otra relación jurídica (cuenta corriente bancaria).

El titular de la tarjeta de crédito autorizó el débito del resumen de su tarjeta de crédito en la cuenta corriente bancaria también de su titularidad y confirmo en los hechos esa autorización al no objetar en debido tiempo y forma los débitos realizados con anterioridad hasta el momento de no pagar (doctrina de los propios actos), para luego incurrir en mora y dar pie a la acción ejecu-

## VIENE DE PÁGINA 11

tiva entablada. Al decidir por sí esa manera de vincularse jurídicamente, fue su inequívoca intención cambiar el mecanismo de pago de la tarjeta de crédito por el propio de la cuenta corriente bancaria, asumiendo libremente sus costos pero también sus ventajas, como ser evitar que la tarjeta de crédito pudiera quedar impaga, en mora

y exigible. Tan es así que, en el caso particular el titular de la tarjeta de crédito en discusión, con anterioridad al cierre nunca quedó en situación de moroso gracias al débito en cuenta corriente bancaria oportunamente autorizado.

La dinámica de la cuenta corriente bancaria, con base en la provisión de fondos propios o en descubierto, la masificación de los créditos y débitos que tienen lugar con-

tinuamente y el fenómeno de su compensación diaria, hacen de este contrato el mejor aliado de su titular para la mejor administración y el seguimiento de las operaciones que se vayan realizando con terceros o con el propio banco, aventando el riesgo de mora y exigibilidad de cualquiera de ellas.

De allí la conveniencia de autorizar el débito de los resúmenes de tarjeta de crédito en la cuenta corriente, para aprovechar la

tranquilidad derivada de saber que los mismos serán pagados por el banco, sea afectando fondos aportados por el propio cuentacorrentista o aportados por el banco, en mérito al descubierto que tiene autorizado. Es una manera prudente e inteligente de administración financiera de los consumos propios. ●

Cita on line: AR/DOC/742/2016

## NOTICIAS

## VI SEMINARIO INTERNACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS EN LA UCA.

Jueves 28 de abril de 9:00 a 13:00 hs.

Facultad de Derecho de la UCA - Av. Alicia Moreau de Justo 1400

Edificio Santo Tomás Moro, piso 3º, aula 307

## Comité académico:

Néstor raymundo  
Gabriel Jacobo  
Esteban R. Ymaz Cossio  
Esteban M. Ymaz Videla

Dr. Fabián O. Canda, Fiscal en lo Contencioso Administrativo Federal.  
Ing. Juan Chediack, Presidente de la Cámara Argentina de la Construcción.

## Auspiciantes:

Asociación Argentina de Derecho Comparado  
Cámara Española de Comercio en la República Argentina  
Cámara de Comercio Sueco-Argentina

## Disertantes

Arq. Daniel Chaín, Secretario de Obras Públicas de la Nación  
Eddie Fripp Ruiz, Administrador de la Aduana de Montevideo, Dirección Nacional de Aduanas R.O.U.  
Ing. José Barbero, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento.  
Dr. Rogelio W. Vincenti, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

## Temario:

- Secretaría de Obras Públicas de la Nación: Infraestructura 2016-2020
- El Puerto de Montevideo y sus posibilidades. Producción de Gas. Negocios con la Argentina y el mundo.
- Plan de Infraestructura para la Equidad y el Crecimiento del CIPPEC
- Infraestructura y Servicios Públicos desde la Justicia Nacional
- Las expectativas de la Cámara Argentina de la Construcción

## Organizadores:

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina  
Estudio Ymaz Abogados

## Informes e inscripción

La inscripción es libre y gratuita. Se otorgarán certificados.

infoderecho@uca.edu.ar - shn@estudioymaz.com.ar  
www.uca.edu.ar/derecho - Facebook/DerechoUCAoficial

Twitter: @DerechoUCA

Tel. (011) 4803-3663 - Susana Nájera

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 69, Secretaría única de Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ. El presente deberá publicarse por tres días en el Diario "LA LEY".

María Laura Prada Errecart, sec. int.  
LALEY: I. 04/04/16 V. 06/04/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 27 cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de ALFREDO ALBERTO GINANNI a presentarse en autos a fin de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

Buenos Aires, 2 de marzo de 2016  
Soledad Calatayud, sec.  
LALEY: I. 01/04/16 V. 05/04/16

El Juz. Fed. Civ. y Com. Nº 1, Sec. Nº 1 de la Cap. Fed. hace saber que MERCEDES VARGAS MACIAS de nacionalidad boliviana, DNI 93.793.537 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LALEY.

Buenos Aires, 17 de marzo de 2016  
Ana Laura Bruno, sec.  
LALEY: I. 01/04/16 V. 01/04/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JANE MIRYAM CAHUAYME LIZARZABURU, nacida en Ica - Perú, el 19 de noviembre de 1963, con D.N.I. Nº 93.272.259, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LALEY.

Buenos Aires, 1 de marzo de 2016  
José Luis Cassinero, sec.  
LALEY: I. 01/04/16 V. 01/04/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, Secretaría Nº 10, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que VILMA GREGORIA QUITO COAQUIRA DNI Nº 94.621.367 de

nacionalidad peruana y de ocupación enfermera, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 16 de febrero de 2016  
M. Andrea Salamendy, sec.  
LALEY: I. 01/04/16 V. 01/04/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 39, a cargo de la Dra. María Victoria Pereira; sito en Avda. de los Inmigrantes 1950 5º piso de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comunica por 2 días en los autos "VON PUTTKAMER ELSA y OTRO c/ GÓMEZ LILIANA MARILYN DEL VALLE y OTRO s/EJECUCIÓN HIPOTECARIA" Expte. Nº 84.207/2006, que el martillero público Darío Alejandro López (tel. 4778-0366) rematará el día 14 de abril de 2016 a las 10,00 hs. en la Dirección de Subastas Judiciales de la C.S.J.N. sito en la calle Jean Jaures 545 de esta Ciudad Autónoma de

Buenos Aires; siendo la exhibición los días 12 y 13 de abril de 2016 de 15 a 17hs., el inmueble embargado (fs. 167/72) de titularidad de la ejecutada LILIANA MARILYN DEL VALLE GÓMEZ, sito en el Cuartel Primero del Partido de Pilar según el título antecedente y la escritura hipotecaria; y en el Cuartel Cuarto del mismo Partido, según informe de dominio, Partido de Pilar, Localidad de Presidente Derqui, Provincia de Buenos Aires, con frente a la calle Pampa hoy Los Paraísos, número 2072, Nomenclatura Catastral: VI, S: C, M: 7, P: 5b, matrícula 15.492 (84). Superficie s/títulos: 274 m². Partida inmobiliaria 084-058.576. Según acta de constatación obrante en autos a fs. 288, realizada por el martillero el inmueble se encuentra ubicado en la calle Los Paraísos 2072 entre las calles Güemes y Blas Parera y se encuentra ocupado por Jorge Alberto Mansilla quien manifestó ocupar el inmueble en calidad de hijo del dueño sin tener documentación que acredite dicha calidad. Lo habita conjuntamente con su Sra. madre Lidia Beatriz Santos, su hermano César Mansilla, la esposa de este último Belén Zapata y dos hijos menores

de edad Bautista y Felicitas Mansilla y la pareja de Jorge Alberto Mansilla, Gisela Ferro y el Sr. Fontana Mario, concubino de la Sra. Lidia Beatriz Santos. El inmueble consta de: entrada con jardín al frente, luego al ingresar living, 1º dormitorio con ventana al frente, baño completo instalado sin bañera, 2º dormitorio hoy usado para guardar trastos varios, 3º dormitorio y cocina comedor diario y fondo con patio y tierra. En regular estado de uso y conservación. Cuenta con corriente eléctrica, agua por bomba y gas a garrafa, sobre calle asfaltada. La venta se realiza al contado, en efectivo, al mejor postor, ad corpus, en el estado físico y jurídico en que se encuentra. (s/fs.292). Base: \$350.000. Señá: 30%. Comisión: 3%. Arancel CSJN s/ Acord. 10/99: 0,25%. Sellado de ley. Todo en efectivo y en el acto del remate. Los montos adeudados en concepto de impuestos, tasas, contribuciones y expensas como así también que las mismas se hallan sujetas a los reajustes de práctica y que quien resulte adquirente de la subasta se hará cargo de las expensas, en caso de insuficiencia de fondos. Respecto de las deudas del inmueble en concepto de

impuestos, tasas y contribuciones, en caso de resultar insuficiente el producido de la subasta el comprador se hará cargo de las mismas desde la toma de posesión (conf. Cámara Civil en pleno en autos "Servicios Eficientes c/Yabra"). No procede la compra en comisión, ni la posterior cesión del boleto de compraventa (art. 598 inc. 7 del CPCN -su doctrina y argumento). Asimismo hágase saber que deberá anunciarse a viva voz el nombre del poderdante en caso de invocar un poder, todo esto a los efectos de darle aún mayor transparencia a los remates, conforme fuera sugerido por el Sr. Titular de la Dirección de Subastas Judiciales en el oficio recibo por este Juzgado con fecha 01/09/2009. Adeuda a Municipalidad del Pilar: s/fs. 211/214 \$ 6.501,60 al 21/01/15; a ARBA: s/fs. 193 \$ 2.959,30 al 21/01/15; a OSN (e/l): s/fs. 200 no adeuda al 13/01/15, a A.A.S.A.: s/fs. 205 fuera del radio al 26/2/15; a A.y S.A.: s/fs. 191 no se encuentra incluida dentro del área servida al 13/12/15.

Buenos Aires, 22 de marzo de 2016  
Gabriel Pablo Pérez Portela, sec.  
LALEY: I. 31/03/16 V. 01/04/16