

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO,

ORIENTACIÓN EN DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

La protección del derecho del consumidor al adquirente de inmuebles en propiedad horizontal

Mario Arturo Zelaya

BAHIA BLANCA ARGENTINA

2017

PREFACIO

Esta Tesis se presenta como parte de los requisitos para optar al grado Académico de Magíster en Derecho, de la Universidad Nacional del Sur y no ha sido presentada previamente para la obtención de otro título en esta Universidad u otra. La misma contiene los resultados obtenidos en investigaciones llevadas a cabo en el ámbito del Departamento de Derecho durante el período comprendido entre el 5 de marzo de 2013 y el 31 de agosto de 2017, bajo la dirección del Dr. Claudio Daniel Kiper.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Secretaría General de Posgrado y Educación Continua

La presente tesis ha sido aprobada el…../…../….., mereciendo la calificación de.....…(……)

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi esposa y colega Virginia y a mi hija Juliana, quienes nunca ponen reparos para que pueda cumplir con los sueños por los que tiene sentido la existencia.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dr. Claudio Kiper por haber aceptado la dirección de este trabajo, por haberme brindado la oportunidad de recurrir a su conocimiento y por haber sido la inspiración para seguir adelante cuando mis ocupaciones ponían en duda la continuidad de la tarea; y al Dr. Matías Irigoyen Testa, por su guía y sus consejos permanentes, sumamente valiosos por provenir de un investigador de su prestigio. Hago extensivo el agradecimiento a las autoridades del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, de la Maestría de Derecho y a los integrantes del Grupo de Investigación "Análisis Jurídico y Económico de los Derechos del Consumidor", quienes me brindaron el ámbito propicio para exponer y debatir las ideas plasmadas en el trabajo. Finalmente, no puedo olvidarme de las bibliotecarias del Departamento de Derecho (Luciana y Ana) y de los bibliotecarios del Colegio de Abogados de Bahía Blanca (Gastón, Marcelo y Susana) por el tiempo que dedicaron en ayudarme en la búsqueda de material bibliográfico, aún a costa de su descanso.

RESUMEN

La masificación contractual, la velocidad en la transacción de productos uniformes y la conveniencia de disminuir costos ha llevado a las empresas a utilizar contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, que suponen una aceptación de las estipulaciones no negociadas con los adquirentes. Las leyes a nivel mundial y el ordenamiento jurídico argentino en especial no prohíben los contratos celebrados bajo esta modalidad y, al igual que cualquier otro tipo de contratos, quedan sujetos al régimen de fondo que permite al afectado demandar la nulidad de sus cláusulas cuando fueran abusivas.

Por otra parte, en la legislación argentina no existe prohibición alguna para que el propietario pueda subdividir un inmueble, luego edificar sobre su terreno un edificio de una o varias plantas y a su vez fraccionar éstas en departamentos. Sin embargo, a los fines de la división jurídica del edificio, para que cada piso o departamento pueda pertenecer a propietarios distintos, es necesario someter el inmueble al régimen de la propiedad horizontal, confeccionar los planos que delimitan las distintas unidades, redactar el reglamento de propiedad horizontal, y proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En la generalidad de los casos, estas tareas son llevadas a cabo únicamente por el propietario constructor del edificio, a pesar de lo cual el reglamento inscripto —que conforma la base del sistema de propiedad horizontal pues crea el marco legal de actuación para el ejercicio de los derechos individuales— debe ser acatado por los adquirentes que no participaron en su redacción. Por esta causa, reviste la naturaleza de contrato por adhesión, al igual de los que se valen las empresas, y quien adquiere se limita a aceptarlo.

Debido a que, según la ley, el reglamento pasa a integrar el contrato de adquisición de las unidades y ambos constituyen un todo inseparable, no sólo no está en condiciones de discutir sus cláusulas del reglamento sino que incluso a veces ni sabe de su existencia o de su contenido, pues en cada instrumento por el que se adquiere una unidad se inserta una fórmula mediante la cual el nuevo propietario declara conocer y aceptar el reglamento en cuya redacción no participó.

Cabe preguntarse entonces si las respuestas legales frente a las cláusulas del reglamento que se descubran como abusivas son suficientes para proteger a quien adquiere unidades funcionales, sea en el marco de una relación de consumo o no. A responder esa pregunta se dirige esta investigación.

ABSTRACT

The contracts massification and the increasing speed of transactions with uniform products, led companies to use adhesion contracts with pre-formulated terms that are accepted without negotiation by the acquirer. Foreign and Argentinean legislation, do not forbid this kind of contracts but, like in any other contract, their unfair terms can be object of action for nullity.

Furthermore, Argentinean legislation do not forbid the owner to divide a real estate property into different parts, then build over the land different flats and also divide each flat into different apartments or units. However, in order to make a legal division of the building, with each flat or apartment for different owners, it is necessary to submit it to the legislation of "horizontal property", to elaborate the plans to separate the units, to draft the internal regulation and to register the division at the property registry.

Usually, these tasks are made by the constructor of the building, even though the registered internal regulation -which is a key element of the horizontal property system, because it rules the individual rights for the parties involved-, is mandatory to acquirers that have not participated in its draft. Therefore, this internal regulation is an adhesion contract, as those used by companies, and the acquirer just accepts it without negotiation.

According to Argentinean legislation, the internal regulation integrates the acquisition contract of the units under a horizontal property system and they both must be considered as a whole. However, acquirers are not able to negotiate the terms of the internal regulations and most of the times they do not even know of its existence or content, because in each document to acquire a unit it is requested to the acquirer to sign a statement that says he knows and accept the internal regulation -in which they did not participate-.

The question is whether legal solutions against abusive terms in these internal regulations are enough to protect acquirers of units under a horizontal property system, when the consumer protection is applicable and when it is not applicable. To answer that question is the aim of this research.

Certifico que fueron incluidos los cambios y correcciones sugeridas por los jurados.

Firma del Director

…el consumidor de vivienda se caracteriza en cierta forma por su permisividad o inactividad. El consumidor asume que va a ser víctima de algún abuso contractual por parte del empresario y que desde una perspectiva economicista "carece de incentivos para litigar". Ya ha entregado un gran capital, probablemente todo su capital, y la inversión de toda su capacidad de endeudamiento. Preferirá recibir la vivienda y no el litigio por una mera cuestión de relación costo beneficio. Deberá sino ora no adquirir el dominio y reservar el dinero para adquirir otro inmueble en una plaza inmobiliaria incierta y alcista. Todo indica que el sector inmobiliario sabe y conoce el tramo en el que el consumidor carece de incentivos para litigar o sea su permisividad fundada en el temor de "perder más."

José Manuel Martin Bernal y Carmen Núñez Muñiz

(*Los estatutos de las comunidades de vecinos*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2007)

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN 15

II- LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL DERECHO ARGENTINO 17

II.1 La autonomía del derecho real de propiedad horizontal 17

II.2 El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica privada 19

II.3 El objeto del derecho real de propiedad horizontal 20

II.3.1 Partes privativas 21

II.3.2 Cosas y partes comunes 22

II.3.3 Bienes del consorcio 27

II.4 La naturaleza inmobiliaria de las unidades funcionales en propiedad horizontal 28

II.4.1 Las cosas inmuebles y su clasificación legal 28

II.4.2 Los inmuebles por su naturaleza 30

II.4.3 Los inmuebles por accesión 31

II.4.4 Distinción entre el inmueble civil y el inmueble registral 33

II.4.5 Las unidades funcionales en propiedad horizontal 36

III- LA CREACIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y SU FUNCIÓN EN EL NACIMIENTO DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS 39

III.1 El dictado del reglamento de propiedad horizontal: forma y efectos 39

III.2 Distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal 44

III.2.1 Argumentos de quienes asimilan el reglamento a una norma jurídica 45

III.2.2 El reglamento de propiedad horizontal como contrato y su inclusión en las categorías contractuales 50

III.2.2.1 La regulación de los contratos plurilaterales 50

III.2.2.2 Distinción entre los contratos de cambio y los de organización 52

III.2.2.3 Ubicación del reglamento de propiedad horizontal en las clasificaciones contractuales 56

III.2.3 La naturaleza contractual del reglamento aún frente a su redacción unilateral 57

IV – LA ADQUISICIÓN DE UNA UNIDAD FUNCIONAL PROYECTADA O EN CONSTRUCCIÓN Y LA ADHESIÓN AL REGLAMENTO POR PARTE DE QUIEN ADQUIERE 62

IV.1 La ausencia de legislación que regule la comercialización de unidades en propiedad horizontal 62

IV.2 La adquisición por boleto de compraventa 65

IV.3 La prehorizontalidad 68

IV.3.1 La regulación de la derogada ley 19.724 69

IV.3.2 La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial 72

IV.3.2.1 Ámbito de aplicación 72

IV.3.2.2 El seguro obligatorio 72

IV.3.2.3 Exclusiones al régimen de prehorizontalidad 74

IV.3.2.4 Valoración del nuevo régimen de prehorizontalidad 75

IV.4 El fideicomiso inmobiliario 76
IV.5 El fideicomiso con fines de garantía 79

IV.6 La invariabilidad de la protección del adquirente 81

V- LA PROTECCIÓN DE LA LEY FRENTE A LA PREDISPOSICIÓN CONTRACTUAL 82

V.1 La masificación contractual 82

V.1.1 Vínculo entre la predisposición contractual y la masificación contractual 85

V.1.2 La interpretación de los contratos predispuestos 87

V.1.3 La interpretación frente a cláusulas ambiguas e incomprensibles en los contratos predispuestos 89

V.2 El control de incorporación del contenido contractual 91

V.2.1 El control de incorporación del contenido contractual en los vínculos de consumo 92

V.2.2 El control de incorporación del contenido contractual en el Código Civil y Comercial 94

VI- LA RELACIÓN DE CONSUMO INMOBILIARIA 97

VI.1 La reforma constitucional del año 1994 y su relevancia para la protección del consumidor 97

VI.2 La relación de consumo como centro de la protección al consumidor 99
VI.3 La ley 26.361 y la adecuación constitucional 100

VI.4 La incidencia del dictado del Código Civil y Comercial de la Nación 103
VI.5 Naturaleza estatutaria del derecho del consumidor 104

VI.6 La protección del consumidor inmobiliario 108

VI.6.1 Aclaraciones previas 108
VI.6.2 El proveedor en la relación inmobiliaria de consumo 109

VI.6.3 La evolución del concepto de consumidor (con referencia al consumidor inmobiliario) 112

VI.6.3.1 La redacción originaria 112

VI.6.3.2 La ley 26.361 113

VI.6.3.3 El alcance de la expresión "destinatario final" 116

VI.6.3.4 El consumidor empresario 119

VI.6.3.5 La persona jurídica como consumidora 120

VI.6.3.6 La categoría del subconsumidor (o consumidor particularmente vulnerable o consumidor híper vulnerable) 122

VI.6.3.7 Incidencia del Código Civil y Comercial en la definición del consumidor 122

VI.6.4 El objeto de la relación de consumo inmobiliaria 124

VI.6.4.1 Alcance del término "bienes" como objeto de la relación de consumo 124

VI.6.4.2 La adquisición de derechos en conjuntos inmobiliarios 125

VII- LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE UNA UNIDAD FUNCIONAL EN PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL REGLAMENTO 129

VII.1 Relaciones entre el derecho del consumidor y la propiedad horizontal 129

VII.2 Relación entre la predisposición, las cláusulas abusivas y la teoría general del contrato 131

VII.3 La identificación de una cláusula contractual como abusiva 133

VII.3.1 En el derecho común 133

VII.3.2 En el estatuto del consumidor 137

VII.4 Definiciones legales de las cláusulas abusivas 138

VII.5 Extremos a acreditar para tener por configurada una cláusula abusiva 141

VII.6 Cláusulas que no pueden ser declaradas abusivas 142

VII.7 Situación jurídica abusiva 144

VII.8 Distintos sistemas para identificar las cláusulas abusivas 145

VII.8.1 La determinación del abuso de las cláusulas a partir de patrones generales 147

VII.8.2 La determinación del abuso a partir de la expresa tipificación legal 150

VII.8.2.1 En la LDC 150

VII.7.8.2 En disposiciones reglamentarias 152

VII.8.2.3 En el Código Civil y Comercial 156

VII.8.3 Valoración del sistema nacional de identificación de cláusulas abusivas 157

VII.9 Consecuencias legales frente a la cláusula abusiva 158

VII.9.1 Control administrativo en general 158

VII.9.2 El control administrativo en los reglamentos de propiedad horizontal 160

VII.9.3 Control judicial 162

VII.9.3.1 Naturaleza de la ineficacia de las cláusulas abusivas (distintas posiciones) 163

VII.9.3.2 Nuestra opinión 167

VII.9.4 La clasificación de las nulidades y la legitimación activa 175

VII.9.5 El carácter de la nulidad de la cláusula abusiva en un contrato de consumo y en un contrato que no es de consumo 176

VII.9.5.1 En un contrato de consumo 176

VII.9.5.2 En un contrato que no es de consumo 181

VIII- MODIFICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A UNA CLÁUSULA ABUSIVA DE SU TEXTO 182

VIII.1 La aceptación del reglamento con contenido predispuesto 182

VIII.1.1 Oponibilidad a los nuevos propietarios de las modificaciones reglamentarias no inscriptas 185

VIII.1.2 La improcedencia de alegar el error cuando se descubren cláusulas abusivas en el reglamento 186

VIII.2 Mayoría exigida para modificar el reglamento de propiedad horizontal 188

VIII.2.1 La clasificación de las cláusulas en estatutarias y reglamentarias 190

VIII.2.2 Pasos necesarios para la modificación del reglamento en forma extrajudicial 193

VIII.2.3 La escritura de modificación del reglamento: entre las exigencias legales y la realidad 199

VIII.2.4 La posibilidad de anular la asamblea 201

VIII.3 Las dificultades para lograr la aprobación asamblearia como freno a la reforma extrajudicial del reglamento 204

IX- MODIFICACIÓN JUDICIAL DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A UNA CLÁUSULA ABUSIVA EN SU TEXTO 205

IX.1 Modificación de la proporción contributiva en el pago de expensas 205

IX.2 El reglamento como contrato y su modificación judicial 210

IX.2.1 Legitimación activa 216

IX.2.2 Legitimación pasiva 217

IX.3 La regulación de las acciones colectivas en el régimen de protección del consumidor 221

IX.3.1 El amparo de los derechos colectivos a través de la evolución legislativa 221

IX.3.2 La improcedencia de la acción colectiva para lograr la nulidad de las cláusulas abusivas en los reglamentos 232

IX.4 La exclusión del régimen del consumidor y las costas 237

X- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS 239

BIBLIOGRAFÍA (en orden alfabético ascendente) 243

FALLOS CONSULTADOS (ordenados por fecha ascendente) 255

I. INTRODUCCIÓN

No obstante que la protección frente a los contratos predispuestos registra un notable incremento legislativo seguido de una producción doctrinaria creciente dedicada a su estudio, dejamos planteada como **hipótesis a demostrar** que en los reglamentos de propiedad horizontal (uno de los ejemplos de tales contratos), en los que intervienen múltiples partes como adquirentes de unidades funcionales con prestaciones a su cargo cualitativamente similares, la indivisibilidad de las soluciones que plantea la normativa actual frente a los desequilibrios de la relación, no permite proteger debidamente al que reclama por abuso en el contenido, aunque haya adquirido la unidad en el marco de una relación de consumo.

Ello así desde que el juez no puede aplicarlas respecto de algunos en desmedro de otros en las mismas circunstancias —que pueden o no ser consumidores dependiendo de su participación como destinatarios finales—. A modo de ejemplos, las cláusulas abusivas[1] no pueden ser declaradas "no convenidas" o "nulas" sólo respecto de algunos, no podría integrarse el contrato contra la voluntad de las partes que no reclamaron la modificación, una misma cláusula puede albergar varias interpretaciones posibles favorables a los consumidores algunos de los cuales pueden preferir una por sobre las restantes, e incluso lo que es abusivo para unos puede no serlo para otros.

El **objetivo principal** de esta investigación apunta a dar cuenta y analizar las normas nacionales vigentes que protegen de las cláusulas abusivas al adquirente de unidades funcionales en propiedad horizontal, de modo de proponer pautas o recomendaciones para una reforma legislativa que contemple específicamente su situación.

En forma conjunta con su objetivo principal, este trabajo perseguirá identificar los problemas que ocasiona la regulación de las cláusulas abusivas en su contacto con la propiedad horizontal tanto a nivel teórico como práctico, y buscará abrir un campo analítico en un área aún no explotada por la doctrina que se ha ocupado de la problemática de los derechos reales y del derecho del consumidor.

---

[1] En palabras de Luis R. J. Sáenz, cláusulas abusivas "son aquellas que se imponen unilateralmente por una de las partes de la relación negocial, perjudicando a la otra parte, o determinando una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores o usuarios, aunque también de cualquier contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor" (SÁENZ, LUIS R. J., comentario al artículo 37 LDC, en PICASSO, SEBASTIÁN y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. —directores—, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t.1, p.444).

Con miras de lograr el conocimiento del derecho para la demostración de la hipótesis, hemos optado por elegir el método *dogmático* de investigación jurídica, en virtud del cual analizaremos las normas positivas nacionales que regulan los derechos del consumidor[2] y la propiedad horizontal[3], a la luz de su aplicación frente a los nuevos hechos jurídicos surgidos en el medio social (en el caso, la creciente adquisición de unidades funcionales mediante figuras jurídicas recientemente legisladas).

Procuraremos desentrañar el alcance de dicha legislación específica, a través del análisis gramatical de sus términos, del empleo de razonamientos lógicos y teleológicos, y de la investigación de sus antecedentes. En tal sentido, buscaremos conocer los principios rectores que informaron el dictado de las leyes específicas en cuanto amplían la protección del consumidor inmobiliario, de modo de extraer ideas que permitan crear por inducción o generalización, nuevas construcciones jurídicas que se adapten a la realidad no legislada.

La adopción del método dogmático de acuerdo al alcance esbozado, determina —como uno de los componentes del diseño metodológico— la elección de la *técnica científica* para recolectar los datos y lograr el conocimiento, aprehendiendo las normas nacionales vigentes a fin de alcanzar conclusiones y propuestas dirigidas a la comunidad jurídica.

Si bien hemos dicho que efectuaremos el análisis de la materia desde su perspectiva normológica, adoptaremos además el tipo *correlacional* de investigación en vías de identificar y conectar entre sí los subsistemas normativos que regulan los derechos del consumidor y la propiedad horizontal, para lo cual aplicaremos los métodos deductivo, inductivo, histórico y de la interpretación teleológica.

A los fines de identificar conceptos y plantear las líneas de análisis, complementaremos el tipo de investigación elegido con el denominado *exploratorio;* de

---

[2] Diego H. Zentner alude a esta rama del Derecho como "la consideración del consumidor como categoría o grupo social definido y merecedor de tutela, y a la elaboración de normas tendientes a protegerlo en tal dimensión" (ZENTNER, DIEGO H., *Contrato de consumo,* Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 13).

[3] Para Ricardo J. Papaño, Claudio M. Kiper, Gregorio A. Dillon y Jorge R. Causse, la expresión "derecho de propiedad horizontal" hace referencia al "derecho que adquiere una persona sobre un sector privativo de aprovechamiento independiente en un edificio … juntamente con la inescindible cotitularidad de un porcentual determinado sobre el terreno y demás partes comunes de aquél y afectadas a un condominio de indivisión forzosa, bajo las condiciones de ejercicio establecidas en el reglamento *de copropiedad y administración vigente al momento de su adquisición"* (PAPAÑO, RICARDO J..- KIPER, CLAUDIO M. - DILLON, GREGORIO A. - CAUSSE, JORGE R., *Derecho Civil – Derechos Reales*, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2004, t 1, p. 460).

este modo, podrá obtenerse la mayor información acerca de la legislación nacional, de sus antecedentes extranjeros y de la jurisprudencia local, para realizar posteriormente un estudio exhaustivo de su contenido. Y asimismo, realizaremos estudios descriptivos de los principales institutos involucrados (cláusulas abusivas, relación de consumo, reglamento de propiedad horizontal, unidad funcional, etcétera).

En definitiva, desplegaremos una metodología que combina estrategias cuantitativas (en la investigación de las normas que sirvieron de antecedentes a nuestros legisladores) y cualitativas (en el estudio y análisis de las soluciones normativas locales y sus consecuencias).

II- LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN EL DERECHO ARGENTINO

II.1 La autonomía del derecho real de propiedad horizontal

Distintas etapas marcaron el devenir histórico de la división horizontal de la propiedad. De acuerdo a su criterio de rechazar el derecho de superficie, Vélez Sarsfield prohibió también la propiedad horizontal en el artículo 2617 del Código Civil según el cual "el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad". Y a pesar de haber reconocido en la nota al mismo artículo que "la mayoría de los códigos extranjeros lo permiten", agregó que "la división horizontal dando a unos los bajos y a otros los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio". Mientras el instituto estaba prohibido y se rechazaba su posibilidad de creación, los intérpretes buscaban sustitutos legales para resolver las dificultades prácticas que presentaba la carencia de viviendas.

Una vez admitida la propiedad horizontal por la ley 13.512 del año 1948[4] (reglamentada por el decreto 18734/49[5]), se pretendió interpretar su texto y llenar sus vacíos a partir de las soluciones que brindaban los derechos reales clásicos con los que compartía elementos configurativos, como si fuera solamente una combinación del derecho real de dominio individual con el derecho real de condominio con indivisión forzosa. Este criterio iba en desmedro de su autonomía como derecho real

---

[4] Sancionada el 30 de septiembre de 1948 y publicada en el Boletín Oficial el 13 de octubre del mismo año.

[5] Publicado en el Boletín Oficial el 10 de agosto de 1949.

lo cual era incluso auspiciado por la falta de incorporación de la propiedad horizontal a la nómina de derechos reales admitidos en el artículo 2503 del Código Civil.

Sin embargo, la existencia de intereses comunes a todos los propietarios exclusivos de cada unidad, que a su vez forman parte de un ente con fines distintos a los individuales que cuenta con órganos internos de naturaleza deliberativa y ejecutiva (asamblea y administrador, respectivamente) y una regulación patrimonial propia que no se asemeja a la del condominio, puso de manifiesto que las cuestiones derivadas de la propiedad horizontal no podían ser resueltas sólo con la aplicación, en forma aislada, de las reglas del dominio o del condominio con indivisión forzosa, porque en el sistema de horizontalidad es tan íntima la interdependencia de estos derechos reales que su problemática merecía una interpretación específica.

La corriente doctrinal que ganó una aceptación generalizada y pacífica fue aquella que, a partir de atribuirle el carácter de excepcional al régimen establecido por la ley 13.512, sostenía que el derecho de propiedad resultante constituía una figura autónoma, *sui generis*, con soluciones propias y específicas.

De todos modos, la atribución de esta autonomía no era óbice para sostener que quien adquiría bajo el régimen horizontal, accedía a la titularidad de un derecho exclusivo sobre el sector privativo e integraba, junto con otras personas, un condominio sobre las partes comunes del edificio del cual aquel sector formaba parte. Y tampoco significaba una separación tajante de la regulación de los restantes derechos reales a la que se debía acudir a falta de soluciones particulares. Por ejemplo, era de absoluta aplicación a los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal lo expuesto en general para los derechos reales en cuanto a que "requieren la conjunción del título y modo, escritura pública e inscripción registral para perfeccionar la transmisión de dominio, o siendo más precisos, de la titularidad del derecho real de propiedad horizontal"[6]. Pero ello no significaba que su especificidad se veía menoscabada por compartir elementos con otras figuras jurídicas o por tener que recurrir a sus soluciones expresas en caso de silencio del legislador en la regulación de la figura especial. De haber sido así, casi no hubieran existido figuras autónomas.

La ley 26.994 de sanción del Código Civil y Comercial deroga la ley 13.512 y clarifica la respuesta. A partir de la enumeración del derecho real de propiedad horizontal en la nómina de los derechos reales admitidos (artículo 1887 inc. "c"), de su mención en la categoría de los derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia

[6] MOLINA QUIROGA, EDUARDO*, "Cobro de expensas comunes cuando se ha vendido la unidad sometida al régimen de propiedad horizontal"*, en La Ley. 1996-A, 458.

(artículo 1888), y de su definición como derecho real (artículo 2037) que tiene por objeto un inmueble propio (artículos 1888 y 2037), que es principal (artículo 1889), que recae sobre una cosa registrable (1890) y que se ejerce por la posesión (artículo 1891), el Código toma expreso partido por la autonomía.

Es más, la elección del término "propiedad" para reemplazar al de "copropiedad" y el cambio de calificación del reglamento, al que antes de la unificación de códigos se lo denominaba "de copropiedad y administración" (arts. 9 de la ley 13.512 y 1, 3, 4 y 17 decreto 18734/49) y ahora "de propiedad horizontal", reafirma la autonomía de este derecho real, pues tales cambios alejan la idea de asimilar este derecho al de condominio y por consecuencia, a su regulación.

II.2 El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica privada

Si bien la doctrina en forma unánime aspiraba al reconocimiento legislativo expreso de la personalidad del *consorcio de propietarios* —ente al que sólo se refería la ley 13.512 en su artículo 9 y el decreto 18.734/49 en sus artículos 1, 5 y 6— y así lo habían consagrado los numerosos proyectos anteriores de reforma, aún existían divergencias de interpretación de *lege lata* que quebraban la aparente uniformidad de pensamiento en cuanto a la atribución de esa personalidad[7]. Las discrepancias generaban dudas a los justiciables en cuanto a la legitimación activa y pasiva frente a algún reclamo, pues en un caso debía intervenir el consorcio, mientras que en el otro debían hacerlo todos los propietarios, con las dificultades prácticas que esto traía. Incluso entre quienes negaban la personalidad del consorcio no había acuerdo acerca de aceptar o no su personería sólo a los fines de estar en juicio.

El artículo 148 del Código Civil y Comercial terminó con tales disquisiciones al enumerar al consorcio "de propiedad horizontal" (para diferenciarlo del consorcio "de cooperación", que es definido como un contrato en el artículo 1470) como una de las personas jurídicas privadas (inciso "h"). Por su parte, el artículo 2044 dispone que el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye "la persona jurídica

---

[7] El criterio afirmativo encontraba sustento en la redacción del artículo 33 del Código Civil a partir de la ley 17.711, que asignaba el carácter de persona jurídica de carácter privado a las entidades que conforme a la ley tenían capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requerían autorización expresa del Estado para funcionar. Esta conclusión era compatible con la estructura que la ley 13.512 había previsto para el funcionamiento del consorcio (designación de un representante, mecanismos de deliberación y decisión, etcétera), que, además, no requería autorización estatal. En cuanto a los fundamentos de la posición negatoria, remitimos al trabajo de DI FILIPPO, María Isabel, *La personalidad jurídica del consorcio en el sistema de propiedad horizontal. Del axioma a la realidad. Replanteo de* la *cuestión*, en La Ley 1990-E-953.

consorcio", que tiene su domicilio en el inmueble[8] y que sus órganos son la asamblea, el administrador y el consejo de propietarios (aunque este último sea contingente, sin que la norma lo aclare).

II.3 El objeto del derecho real de propiedad horizontal

El titular del derecho real de propiedad horizontal puede ejercer las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica sobre el objeto, que el artículo 2039 del Código Civil y Comercial llama "unidad funcional", denominación que desde hace varios años es corriente en los planos de subdivisión horizontal[9]. Esta unidad funcional está integrada por partes privativas de aprovechamiento independiente sobre las cuales cada titular ejerce un derecho exclusivo, y por un porcentual determinado sobre partes comunes (es decir que pertenecen a todos los propietarios en condominio sujeto a indivisión forzosa perdurable), que facilitan aquel aprovechamiento, directa o indirectamente.

No se trata de dos objetos sino de uno —que constituye el inmueble propio del que habla el artículo 2037 del Código Civil y Comercial—, integrado por sectores cuya interdependencia funcional hace imposible separarlos. Es por esta razón que la última parte de la misma norma enuncia que "las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible", texto que hace referencia a la conexión espacial y a las facultades de disposición jurídica, no así en cuanto a las prerrogativas de disposición física de cada propietario, que difieren de acuerdo a si son llevadas a cabo sobre las partes propias o las comunes (como veremos en los párrafos siguientes).

En cuanto a las facultades de disposición jurídica, cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece, o sobre ella constituir derechos reales o personales. Y siguiendo las pautas de los referidos artículos 2037 (en cuanto a la interdependencia de las partes privativas y comunes) y 2039 del Código Civil y Comercial (en cuanto al alcance del

---

[8] Se resolvió que si el artículo 2044 del Código Civil y Comercial expresamente indica que el domicilio del consorcio es el del inmueble donde se asienta, ante la claridad de su texto, carece de sustento legal considerar como domicilio del consorcio demandado el de su representante legal (Cámara Nacional Civil, Sala B, "Song, Eun King y otro c/ Consorcio de Propietarios Concordia 674 y otro s/Nulidad de Asamblea", 30/03/2016, Diario DPI Civil y Obligaciones, año 2, nro. 71).

[9] La recepción legislativa de las denominaciones "unidad funcional" y "unidad complementaria" aparece por primera vez en el artículo 2 incisos "c" y "d", respectivamente, de la ordenanza 24.411 de la Dirección de Catastro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (publicada el 4 de julio de 1969) que aprobaba las "Normas para la presentación de los planos de mensura con división por el Régimen de Propiedad Horizontal, Ley Nº 13.512".

término “unidad funcional”), el artículo 2045 del mismo Código concluye que “la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes”[10].

II.3.1 Partes privativas

Las “partes privativas” o “cosas y partes propias”, tal como respectivamente las denomina el Código Civil y Comercial en los artículos 2037 y 2043, pueden ser “pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino”; la propiedad de la unidad funcional puede abarcar una o más unidades complementarias “destinadas a servirla”, tales como una cochera o una baulera (artículo 2039 del Código Civil y Comercial).

De este modo ahora queda claro, por provenir de una solución legal, que:

a) los sectores privativos no deben tener un destino excluyente de vivienda, como parecía sugerir el texto del artículo 1 de la ley 13.512 que se refería sólo a “pisos” o “departamentos”;

b) a diferencia del régimen anterior en el que, a pesar del silencio legal, la edificación de los pisos o departamentos constituía el sustrato principal del derecho del cual el terreno era un accesorio (según se desprendía de los artículos. 2 y 3 *in fine* ley 13.512), en el Código Civil y Comercial, para el que también el objeto es, en general, el inmueble (arts. 1888 y 2037), el destino de las partes privativas puede ahora incluso convertir al terreno en principal respecto a una mínima edificación accesoria (tal el caso de cocheras en una sola planta)[11].

El artículo 2039 exige además que estos sectores privativos “tengan independencia funcional” para alcanzar el destino para el cual fueron construidos, y “comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común”, precisamente para que su aprovechamiento sea independiente[12].

---

[10] Se ha opinado que debería aclararse “que la inescindibilidad del derecho sobre las partes comunes no es absoluta, por cuanto existen partes comunes afectadas al uso común, como por ejemplo la lámpara del hall de entrada al edificio, sobre la cual podrían ejecutarse actos de disposición sin disponer simultáneamente de las partes privativas” (RAISBERG, CLAUDIA e ITURBIDE, GABRIELA A., “El nuevo régimen del derecho real de propiedad horizontal”, La Ley Sup. Act. 19/07/2012, 1, La Ley Online AR/DOC/3439/2012).

[11] Como veremos más adelante con mayor detenimiento, el superficiario podrá afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario (artículo 2120), en cuyo caso el terreno no formará parte de la propiedad horizontal. Diremos que esta solución legal no colisiona con el artículo 2041 inc. “a” que considera al terreno como una de las partes “necesariamente comunes”.

[12] Atento que sería imposible que la autonomía funcional se concretara si los sectores privativos no tuvieran salida a la vía pública, la doctrina sostenía respecto al artículo 1 de la ley

El Código Civil y Comercial contiene una clasificación de las "cosas y partes propias" (artículo 2043). Incluye en las "necesariamente propias" a las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones. Y también son "propias" (sin ninguna calificación) las cosas y partes que, susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, "sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada".

No hay disposiciones especiales en el Código unificado respecto de las facultades de disposición física de cada propietario sobre sus partes privativas a través de obras de innovación o modificación. De este modo, se marca una diferencia con la ley 13.512 cuyo artículo 5 las permitía cuando no ponían en peligro ni la seguridad del edificio ni los servicios comunes. Pese a la falta de mención específica, la respuesta no ha variado de modo sustancial. Conforme el artículo 2047 del Código Civil y Comercial, está prohibido a los propietarios perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia y ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble (incisos "b" y "c"); es decir que atento el carácter de titular exclusivo que le atribuye la propia ley, el propietario podrá realizar toda obra sobre su unidad privativa, siempre que no esté alcanzada por aquellas prohibiciones.

II.3.2 Cosas y partes comunes

El Código Civil y Comercial clasifica en el artículo 2040 a las cosas y partes comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales (lo que en sí ya constituye una clasificación)[13] en "cosas y partes de uso común de ellas"[14], "indispensables para

---

13.512, que ambos requisitos podían reducirse a uno: la salida a la vía pública, porque ésta es la que le da independencia a las unidades (PAPAÑO, KIPER, DILLON y CAUSSE, *op.cit.*, t. 1, p. 463). El comentario puede extenderse al artículo 2039 del Código Civil y Comercial en cuanto contiene similares exigencias para los espacios propios.

[13] No es precisa la redacción del artículo 2040 en cuanto menciona que las cosas y partes comunes son "comunes a todas o a algunas de las unidades funcionales". La frase parece indicar que no toda unidad funcional se integra con partes comunes y por lo tanto que podrían existir unidades funcionales que sólo comprenden las partes propias. La norma quiere decir que toda unidad funcional se integra con partes propias y comunes, pero hay cosas comunes cuyo aprovechamiento sólo puede beneficiar a uno o a algunos propietarios. Como se verá más adelante, esta posibilidad marca una diferencia con la ley 13.512 y su decreto reglamentario que no contemplaban en sus textos las cosas comunes de uso exclusivo.

[14] Resulta equívoca la terminología del artículo 2040 cuando refiere a "cosas y partes de uso común de ellas (las unidades funcionales)", del mismo modo que tampoco es feliz la frase del artículo 2039 en cuanto menciona las "cosas y partes de uso común del inmueble". En realidad,

mantener su seguridad" y "las que se determinen en el reglamento de propiedad horizontal". Agrega la misma norma a la clasificación, que también deben considerarse comunes aquellas cosas y partes "cuyo uso no está determinado" en la ley o en el reglamento.

Vale decir que la calidad de comunes de las cosas o partes de un edificio no depende sólo de una calificación legal ni de la funcionalidad de su destino en orden a prestar un servicio de seguridad o de uso y goce común, pues el reglamento puede determinar la inclusión como "comunes" de cosas que no respondan a estos criterios; e incluso otras cosas se presumirán comunes ante la falta de determinación específica de su carácter.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 2039 del Código Civil y Comercial delimita la extensión de la unidad funcional como objeto del derecho real de propiedad horizontal, y dice que comprende, además de los espacios propios, una enumeración de cosas comunes distinta a la del artículo 2040, pues aquel no menciona a las cosas que se determinen como tales en el reglamento ni a aquellas cuyo uso no está determinado. La diferencia parece dar lugar a una nueva clasificación legal de cosas comunes, pues pueden distinguirse las que no integran la unidad funcional (es decir las que se designan en el reglamento y aquellas cuyo uso no está determinado) y las que la integran (las de uso común, las indispensables para mantener su seguridad y la porción indivisa del terreno). Sin embargo de ser así, el Código debería haber previsto un régimen legal para las cosas comunes que no se transmiten con la unidad funcional y no hay ninguna referencia al respecto. Por esta razón, y aunque no surja con claridad de la ley, la propiedad de la unidad funcional comprende el porcentual sobre todas las cosas comunes. De este modo incluso se evitan discusiones acerca de cuáles son las cosas de uso común o indispensables para la seguridad, pues ya no tiene sentido distinguirlas de otras cosas comunes, por ejemplo aquellas cuyo uso no está determinado.

Durante el régimen anterior, la calidad de cosa común del terreno debía ser asegurada por la ley específica, pues si pertenecía a un tercero, a un propietario o a alguno de ellos pero no a todos, se configuraba un derecho de superficie por entonces prohibido en nuestra legislación (artículo 2614 del Código Civil). Esa fue la razón del artículo 2 de la ley 13.512 para despegar al terreno de los dos criterios con los que caracterizaba las cosas comunes (que sean "de uso común del edificio" o

---

la utilización común de estas cosas y partes hace referencia a su funcionalidad a cada uno de los sectores privativos para que puedan ser aprovechados en forma autónoma por todos los propietarios.

"indispensables para mantener su seguridad") y ubicarlo en una tercera categoría. Con la admisión legal del derecho real de superficie, hoy no se justifica que el artículo 2039 del Código Civil y Comercial haya seguido la misma idea de separar al terreno de las otras dos subcategorías de cosas o partes comunes que menciona la propia norma (y que en ambos casos coinciden con dos de las que crea el artículo 2040), al decir que la propiedad de la unidad funcional comprende "la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad". Aunque así no lo hubiera dicho, por su naturaleza el terreno reviste el carácter de cosa "de uso común" y por lo tanto de cosa común (artículos 2039 y 2040).

El Código Civil y Comercial enumera las cosas y partes necesariamente comunes (artículo 2041) y luego las cosas y partes comunes no indispensables (artículo 2042). Sin decirlo en forma expresa, de este modo distingue aquellas cosas y partes que, de existir, necesariamente deben ser comunes, de otras que, de existir, pueden serlo o no, de acuerdo a cada edificación concreta. Las necesariamente comunes deben nacer y permanecer comunes sin posibilidad de ser convertidas en partes privativas[15], pues son vitales para el sistema, y no hay posibilidad de pactar en contrario, bajo pena de nulidad de la cláusula reglamentaria que así lo disponga. Mientras que las comunes no indispensables pueden ser incluidas como propias o comunes en el reglamento originario, o pueden incorporarse como comunes con posterioridad. En ambos casos, se señala que las enumeraciones tienen carácter enunciativo, lo cual hace posible que los reglamentos indiquen qué cosas, no contempladas en las normas, integran cada categoría.

La facultad del superficiario de "afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario salvo pacto en contrario" (artículo 2120 del Código Civil y Comercial) para dar lugar a una propiedad horizontal superficiaria en el que el dueño único o los condóminos conservan su derecho sobre el terreno, parece constituir una excepción al artículo

[15] Si bien el Código Civil y Comercial no contiene ninguna norma semejante al artículo 2 de la ley 13.512, de la cual surja en forma expresa la posibilidad de convertir ciertas cosas comunes en privativas, coincidimos con Claudio Kiper quien sostiene que es posible llegar a una conclusión afirmativa con base en la segunda parte del artículo 2043 según el cual también son propias las cosas y partes "previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada". Afirma el autor que si se reforma el reglamento es factible la conversión en partes propias incluso de aquellas cosas "necesariamente comunes" (como por ejemplo la unidad funcional destinada a "vivienda para alojamiento del encargado"), siempre que no se vinculen con la seguridad del inmueble (por ejemplo un muro maestro) ni con la viabilidad del sistema (los ascensores), pues si se trata de cosas imprescindibles para el uso común, no pueden perder ese carácter. (KIPER, CLAUDIO, *Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, 1era. edición revisada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, t. 1, pp. 573 y 574).

2041 inc. “a” que enuncia al terreno como una de las cosas “necesariamente comunes”. Sin embargo, quedó claro que integran dicha categoría las cosas que, de existir, deben ser comunes en forma ineludible; pero el Código Civil y Comercial no exige que las cosas necesariamente comunes tengan una existencia necesaria en el edificio. No puede ser otra la interpretación si se piensa que no toda construcción contará con ascensores, montacargas y escaleras mecánicas (artículo 2041 inc. “h”) o con vestuarios para el personal del consorcio (artículo 2041 inc. “l”), a pesar de estar incluidos en los supuestos enumerados de cosas necesariamente comunes. Del mismo modo, la recepción legal del derecho real de superficie hoy puede dar lugar a una edificación en propiedad horizontal sin terreno. Tal como adelantamos, la decisión marca un distingo con el régimen anterior en el cual la ley especial aseguraba la presencia del terreno y su carácter de común (artículo 2 ley 13.512) pues estaba prohibido el derecho de superficie edificada (artículo 2614 Código Civil).

Más aún, el ejercicio de la facultad legal de afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal por parte del superficiario no puede implicar la automática anexión del terreno a favor de los consorcistas y la consecuente pérdida del derecho sobre el terreno por parte del propietario, quien para el Código Civil y Comercial “conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho” (artículo 2121) sin que se haga alguna distinción o salvedad para el caso en que el superficiario decida afectar la construcción al régimen de horizontalidad.

Atento que la superficie es un derecho real temporario (artículos 2114 y 2117), no es claro qué sucederá con la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal una vez extinguido el derecho de superficie si es que no se pacta su subsistencia a los fines, por ejemplo, del pago de la indemnización al superficiario (artículo 2126) con la entrega de unidades funcionales. De hacer primar el principio *superficie solo cedit* que surge del artículo 2125 según el cual “al momento de la extinción del derecho de superficie…el propietario del suelo hace suyo lo construido”, la afectación y los derechos reales consecuentes no subsisten (aunque sería extraño someter a un inmueble a la horizontalidad y disponer sus unidades, todo por un máximo de 70 años); de pensar lo contrario, o bien si se pacta la subsistencia de la afectación, en el reglamento habría que prever la incorporación a futuro del terreno.

La naturaleza jurídica del derecho de cada propietario sobre las cosas comunes es de *condominio con indivisión forzosa perdurable sobre accesorios indispensables*, que se configura cuando el condominio recae sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenecen a diversos

propietarios. Mientras subsista la afectación, ninguno de los condóminos puede pedir la división y cada condómino sólo puede usar la cosa común para la necesidad de los inmuebles a los que está afectada y sin perjudicar el derecho igual de los restantes condóminos (artículos 2004 y 2005 del Código Civil y Comercial).

La asimilación al condominio surge del segundo párrafo del artículo 2039 del Código Civil y Comercial que se refiere a la "parte indivisa del terreno" y del inciso "c" del artículo 2046 del mismo Código que obliga al propietario a pagar expensas comunes ordinarias y extraordinarias "en la proporción de su parte indivisa". Aún a falta de disposiciones expresas (como también sucedía durante la vigencia de la ley 13.512), no puede ser otra la conclusión teniendo en cuenta la propia denominación de "cosas comunes" sobre las que se ejerce el derecho real. Pero además, la exigencia de unanimidad para la conversión de una cosa común en exclusiva (arg. artículos 2052 y 2061 del Código Civil y Comercial) se asemeja a la solución del artículo 1990 que requiere la conformidad de todos los condóminos para la disposición jurídica o material de la cosa común.

El Código Civil y Comercial no regula directamente la titularidad del espacio aéreo del edificio, el que con frecuencia ha sido objeto de actos jurídicos de disposición a partir de normas provinciales de dudosa constitucionalidad. El carácter común del espacio aéreo, aún sin nombrarlo, surge de la exigencia del artículo 2052 de contar con la aprobación asamblearia unánime para la elevación de nuevos pisos; además, esta obra ha sido legislada como una de las "modificaciones en cosas y partes comunes" (tal el nombre elegido al capítulo 3, título VI, donde se encuentra el artículo 2052).

Acerca de las facultades materiales de los propietarios sobre las cosas comunes, es de aplicación el final del artículo 2040 del Código Civil y Comercial que las regula en los mismos términos que lo hacía la primera parte del artículo 3 de la ley 13.512: pueden usarlas "conforme a su destino, sin perjudicar o restringir los derechos de los otros propietarios". En los casos en que tal destino surja del reglamento o si se hubiese redactado y aprobado un reglamento interno que regule la utilización de los sectores o cosas comunes, serán de aplicación sus disposiciones siempre que guarden relación con el Código Civil y Comercial. Por analogía, cabrá aplicar las normas sobre el condominio en todo aquello no previsto.

La ley admitió la posibilidad de que algunas cosas y partes comunes, sobre las que ningún propietario puede alegar un derecho individual, tengan una afectación exclusiva a una o varias unidades funcionales (artículo 2040). Estos sectores comunes

de uso exclusivo se caracterizan por estar ubicados de modo que su aprovechamiento sólo puede beneficiar a uno o a algunos propietarios, tal el caso de los balcones - terraza. La expresa previsión legislativa es una novedad en el derecho nacional ya que durante el régimen anterior, sólo se admitía la posibilidad de pactar la existencia de estos sectores a partir de la imposición legal de prever en el reglamento "*normas sobre uso de las cosas y servicios comunes*" (artículo 3 inciso 4 del decreto 18734/49).

II.3.3 Bienes del consorcio

Asignar al consorcio de propiedad horizontal el carácter de persona jurídica privada en los artículos 148 y 2044 del Código Civil y Comercial, implica conferirle los atributos de la personalidad que le sean compatibles, entre ellos el patrimonio. De ahí que a la clasificación de bienes en propios y comunes debe agregarse los *bienes del consorcio* (artículos 2048 y 2067 inciso "I" que se refiere a "créditos del consorcio", ambos del Código Civil y Comercial).

La composición del patrimonio del consorcio y su uso deben surgir del reglamento, por constituir una de sus cláusulas obligatorias (artículo 2056 incisos "e" e "i" del Código Civil y Comercial). Con esta solución, la ley vigente se aparta del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial del 1998 el cual, en su artículo 1980 disponía que "el patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia"[16]. La

[16] La falta de una solución expresa en el Código Civil y Comercial como la que incluía el artículo 1980 del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 1998 genera incertidumbre en cuanto a la aptitud del consorcio para adquirir unidades funcionales. Las mismas dudas se presentaban durante la vigencia del régimen anterior en el que la pugna entre los principios de especialidad —según el cual las personas jurídicas sólo pueden ejercer actos para cumplir con los fines de su institución (artículo 35 del Código Civil)— y el principio de libertad —según el cual las personas jurídicas gozan de los mismos derechos que los particulares (art. 41 del Código Civil)—, no confería certeza para decidir en uno u otro sentido. En forma mayoritaria se admitía la adquisición de una unidad funcional por parte del consorcio que compensaba su crédito de expensas con el valor de compra (sea en subasta judicial o mediante dación en pago convenida con el deudor), pues la recaudación de expensas, sea o no en dinero, es uno de los fines de la creación del consorcio. Por su parte, la mención del artículo 8 de la ley 13.512 en cuanto a la posibilidad de efectuar gastos comunes con miras de "mayor renta" brindaba un argumento a favor de la aptitud del consorcio para adquirir unidades con fines de inversión. De todos modos, no era claro si las adquisiciones podían ser decididas sólo por el administrador o si la decisión debía provenir de una resolución asamblearia, en cuyo caso la mayoría también era objeto de controversia; y en algunos casos las provincias buscaron soluciones en disposiciones técnico - registrales de constitucionalidad cuestionable. En el nuevo régimen puede considerarse subsistente la interpretación en cuanto a la aptitud del consorcio para adquirir una unidad funcional de modo de cobrarse una deuda de expensas, cuya recaudación es un derecho conferido al consorcio "para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" (artículo 141, aplicable por reenvío del artículo 150), los cuales en el caso

solución resultaba compatible con la responsabilidad subsidiaria de los propietarios por las deudas del consorcio que preveía en su artículo 1989, pues permitía despejar las dudas sobre cuáles eran los bienes a excutir como paso previo a la agresión del patrimonio de los consorcistas.

II.4 La naturaleza inmobiliaria de las unidades funcionales en propiedad horizontal

II.4.1 Las cosas inmuebles y su clasificación legal

Las "cosas", definidas en el artículo 16 del Código Civil y Comercial como bienes materiales susceptibles de valor económico[17], son clasificadas en muebles e inmuebles. Más allá de la notoria diferencia entre ambas desde el punto de vista físico, pues las cosas muebles pueden trasladarse por sí mismas, es decir en forma autónoma (tal el caso de los animales) o por una fuerza externa (tengan o no propulsión propia), mientras que las cosas inmuebles no pueden desplazarse (artículos 225 a 227 del Código Civil y Comercial), el origen de la clasificación debe buscarse en el histórico mayor valor de mercado de las cosas inmuebles respecto de las muebles, aunque hoy sólo se trata de un principio general invadido por numerosas excepciones que ponen en duda tal generalidad. En cambio es seguro que la división acarrea importantes distinciones en el régimen jurídico aplicable a cada categoría y por tal razón, genera una amplia variedad de consecuencias a causa del tratamiento diferencial.

A modo de repaso de las principales distinciones entre las cosas muebles e inmuebles, se advierte que no son los mismos en cada caso: los recaudos de forma

---

del consorcio vienen dados por la ley (los incisos "c" y "d" del artículo 2067 ponen en cabeza del administrador el deber de recaudar los fondos necesarios para atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio); de ese modo se cumple con el principio de especialidad. Aunque la derogación del artículo 8 de la ley 13.512 y la necesidad del administrador de requerir la autorización previa del consejo de propietarios (órgano que no es de creación obligatoria) para disponer del fondo de reserva (artículo 2067 inciso "d"), dificultan legitimar la adquisición de unidades funcionales para renta o inversión, atento que el artículo 2056 inciso "e" del Código Civil y Comercial incluye la "composición del patrimonio del consorcio" como una de las cláusulas obligatorias del reglamento, la mención de las unidades funcionales en el detalle patrimonial permitirá dar pie a una futura adquisición. También auspicia una respuesta afirmativa en este sentido la aplicación analógica del artículo 2085 del mismo Código que admite la adquisición de unidades por parte del consorcio en los conjuntos inmobiliarios los cuales, según el artículo 2075, "deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal". Por último, el Código Civil y Comercial parece no permitir al consorcio adquirir un lote colindante al edificio por considerar al terreno necesariamente común (artículo 2041 inciso "a").

[17] De acuerdo al artículo 1003 del Código Civil y Comercial, la exigencia de ser susceptible de valoración económica también se aplica al objeto de los contratos.

para adquirirlos (las cosas inmuebles requieren mayores solemnidades y algunas formas sólo son aplicables a ciertas cosas muebles); los requisitos para lograr la oponibilidad a terceros de sus adquisiciones (y de la constitución o pérdida); los plazos y requisitos para adquirirlos por usucapión; los efectos de la inscripción registral en algunos supuestos de cosas muebles, los requisitos en cuanto a las obligaciones de dar cosas ciertas y los límites al ejercicio del derecho de dominio (sólo el ejercicio del derecho sobre los inmuebles está sometido a límites fundados en razón de vecindad). Cabe agregar que no todos los derechos reales pueden tener como objeto ambas categorías de cosas (el de prenda sólo puede recaer sobre cosas muebles), que las soluciones legales son distintas cuando la accesión se produce por la unión de cosas muebles o inmuebles, que es distinta la competencia judicial cuando el objeto del litigio es mueble o inmueble y que se aplican soluciones disímiles ante conflictos en materia de derecho internacional privado.

Por último, las cosas inmuebles admiten una clasificación legal que surge del Código Civil y Comercial que no puede extenderse a las cosas muebles, distingo que constituye una nueva diferencia[18] . Mientras estas últimas sólo pueden serlo por su naturaleza (artículo 227)[19], las inmuebles pueden serlo por su naturaleza (artículo 225) y también por accesión (artículo 226)[20].

---

[18] El Código Civil admitía una sub clasificación de las cosas muebles al crear en su artículo 2319 la categoría de "*cosas muebles por su carácter representativo"* que estaba constituida por "*todos los instrumentos públicos o privados donde constare la adquisición de los derechos personales*". A estos supuestos la doctrina le agregaba los instrumentos públicos en los que se labraba la adquisición de los derechos reales de hipoteca y anticresis, y los instrumentos públicos en los que constaba la adquisición de derechos reales sobre cosas muebles, como el dominio, el usufructo, el uso y la prenda, pues ambos supuestos estaban excluidos de la clasificación de las cosas inmuebles por carácter representativo que surgía del artículo 2317 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, las cosas muebles por su carácter representativo eran doblemente muebles (el papel del instrumento era cosa mueble por naturaleza y el contenido del instrumento era cosa mueble por representación), y esta habría sido la causa que llevó a que en el Código Civil y Comercial se suprima la categoría.

[19] Agregamos que a pesar de no constituir una clasificación legal sino doctrinaria, las cosas muebles pueden ser divididas en registrables o no, y para algunos ejemplos de las primeras se han dictado regímenes especiales, no incorporados al Código Civil y Comercial, y a veces ajenos a sus soluciones (por ejemplo la ley 20.378, que crea una inscripción constitutiva para equinos de sangre pura de carrera).

[20] El Código Civil y Comercial suprime la sub categoría de cosas inmuebles "por su carácter representativo" al no incluir ninguna norma asimilable al artículo 2317 del Código Civil, cuya fuente era el artículo 404 del *Esbozo* de Freitas, según el cual eran considerados tales "*los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis*". La solución era armónica con otras disposiciones del mismo Código relativas al usufructo (artículo 2838) y a la prenda de créditos (artículo 3212). Se explicaba la exclusión de los instrumentos públicos en los que constaba la constitución de los derechos de hipoteca y anticresis, por tratarse de derechos reales accesorios de derechos personales (artículos 524, 3108, 3239); entonces, si eran cosas muebles todos los instrumentos públicos de donde constaba la adquisición de derechos personales (artículo 2319) también lo eran las escrituras donde constaba la

II.4.2 Los inmuebles por su naturaleza

El artículo 225 del Código Civil y Comercial incluye entre los inmuebles *por su naturaleza* al "*suelo*", a "*las cosas incorporadas a él de una manera orgánica*" y "*las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre*".

a) El suelo: al hablar de suelo, la ley hace referencia a las capas de tierra y arena que lo componen, a las partes sólidas inmovilizadas que forman su superficie y profundidad, tales como la tierra y las piedras, y a las partes fluidas como los manantiales, aguas o corrientes de agua subterráneas, considerados en sí mismos, no así el agua que ya se ha extraído, que siempre es cosa mueble. No hay duda entonces en cuanto a que una corriente o curso de agua (sea que corra por acueductos, canales, cañerías, etc.) es inmueble, razón que lleva a concluir que la inmovilidad propia de las cosas inmuebles no siempre implica quietud ya que el carácter de inmueble por su naturaleza no hace referencia al agua como su materia sino a la corriente de agua propiamente dicha, entendida como un objeto único, sin distinguir entre su continente y su contenido.

b) Las cosas incorporadas al suelo de una manera orgánica: el ejemplo usual de esta categoría es la vegetación unida de forma estable al suelo, afirmación que deja en claro que las plantas en macetas no son inmuebles por su naturaleza. Sin embargo,

---

adquisición de derechos reales accesorios a derechos personales, si lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal. Resultaba difícil de comprender este criterio del codificador, si se piensa que un papel, aún tratándose de uno que configure un instrumento público, no se encuentra inmovilizado, es transportable, no accede a un inmueble y no tiene un valor económico importante, tales las características esenciales para constituir una cosa inmueble. E incluso podía ser que una persona contara con su escritura pública en la que constaba la adquisición del inmueble y sin embargo aún no había adquirido un derecho real (aun cuando haya registrado el instrumento) de modo tal, incluso, que la pérdida del instrumento público no implicaba la pérdida del derecho sobre la cosa que se representaba por ese instrumento. A pesar de que el artículo 2317 del Código Civil atribuía la condición de inmueble al instrumento público en el que constaba "la adquisición de los derechos reales", no siempre esa adquisición se reflejaba a través del instrumento público, pues era sabido que se requería la conjunción de título suficiente y modo suficiente (tradición) para adquirir de modo derivado y por actos entre vivos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No sólo la escritura no siempre era suficiente para adquirir el derecho real cuando faltaba la tradición, sino que incluso, de haber existido, la tradición podía no surgir del título si el escribano no daba fe de su cumplimiento pues no eran aptas las declaraciones de las partes en el sentido de haberla logrado (artículo 2378). Sin embargo, a pesar de que en estos supuestos las escrituras deberían haber sido consideradas cosas muebles, el codificador atribuyó el carácter de inmuebles a todos los instrumentos públicos en los que constaba la adquisición de derechos reales, sin distinguir entre los que reflejaban o no la efectiva adquisición. Estas razones —puestas de manifiesto en el despacho de la Comisión n° 4 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, setiembre de 2001)— así como la escasa utilidad práctica de la caracterización de las cosas como inmuebles "por su carácter representativo", habrían incidido en la decisión de dejarla de lado en la nueva codificación.

al hablar de una incorporación al suelo "de una manera orgánica", sin efectuar distingos, la fórmula legal del Código Civil y Comercial —que reitera la del artículo 2314 del Código Civil—, hará subsistir la disparidad de opiniones que se planteaba en el caso de que las especies hayan sido plantadas por el hombre. Aunque podrían considerarse inmuebles por su naturaleza debido a su incorporación orgánica al suelo, también podría pensarse que cada ejemplar de vegetación sembrado o plantado constituye una cosa inmueble por accesión, dada su semejanza con las edificaciones, que, como veremos, constituyen un ejemplo de tal sub categoría.

c) Las cosas que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre: en esta categoría puede mencionarse a las minas (se trate de minerales sólidos, líquidos y gaseosos), canteras, yacimientos o depósitos de arena, aunque no así a los tesoros escondidos bajo tierra que son cosas muebles pues requieren ser puestos en ese lugar por el actuar de una persona (su inmovilidad no es natural), tal como incluso surge de la definición que brinda el artículo 1951 del Código Civil y Comercial al decir que es tesoro *"toda cosa mueble de valor"* que no tenga dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble.

II.4.3 Los inmuebles por accesión

El artículo 226 del Código Civil y Comercial define *los inmuebles por accesión* como *"(…) las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable*" y luego aclara que "*los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario*". Los *inmuebles por accesión* son entonces cosas muebles por su naturaleza que se convierten en inmuebles por su adhesión física y perdurable al suelo, produciéndose una unión indivisible que torna inmóvil a la cosa mueble en su origen. Es necesaria entonces la unión material, no importa el medio por el que se lleve a cabo y no es suficiente la sola colocación sobre el suelo.

Este modo de accesión física es la única admitida por el Código Civil y Comercial, a diferencia del régimen del Código Civil en el que las cosas muebles por naturaleza también se convertían en inmuebles por haber sido intencionalmente afectadas por el propietario, por el arrendatario o por el usufructuario en cumplimiento del contrato, como accesorios al servicio y explotación de un inmueble (no de quien los coloca) para formar con este una unidad económica, si no estaban adheridas físicamente. Es el artículo 226 del Código Civil y Comercial el que se encarga de dejar de lado a esta sub categoría de inmuebles *por accesión moral o por destino*, al

no considerar como inmuebles a “las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario”[21].

La actual caracterización de los inmuebles por accesión requiere la “perdurabilidad” de la inmovilización de la cosas mueble por su adhesión física al suelo, a diferencia de su antecedente, el artículo 2315 del Código Civil, que exigía el carácter de “perpetuidad”. El cambio es relevante porque la perdurabilidad no implica que la adhesión sea provisoria pero tampoco que sea inmutable. En tal sentido, sería un inmueble por accesión el agua que corra por un canal o que repose en forma permanente en construcciones hechas por el hombre para su almacenamiento, como el caso de las represas, estanques, etcétera; pero si se la envasara o almacenara en forma temporaria, sería una cosa mueble.

Si bien el cambio aparenta una ampliación del universo de cosas que ingresan en esta sub categoría desde que alcanza para ser perdurable que la adhesión sea sólo por mucho tiempo y perpetuo es lo que dura para siempre, es difícil esta distinción en la práctica (en uso de la tecnología actual pueden incluso trasladarse construcciones de un lugar a otro). Sin embargo, es claro que con la fórmula utilizada el legislador buscó descartar la calidad de inmuebles por accesión de las cosas muebles adheridas al suelo con carácter provisorio, tales como los termotanques, aires acondicionados, casillas, galpones o carpas armados con una finalidad específica y temporaria, pero ingresan las vías férreas, los molinos, los diques, siempre que la adhesión física de estas cosas originariamente muebles tenga carácter *perdurable* y no hayan sido adheridas para afectar “*a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario*” (como por ejemplo los utensilios de labranza trasladados a un predio rural, el instrumental odontológico o radiológico) pues en tal caso se tratarán de cosas muebles (artículo 226 del Código Civil y Comercial).

Por ser especialmente exigidos los recaudos de *inmovilidad* y *perdurabilidad* en la definición del artículo 226 del Código Civil y Comercial, sin dudas el ejemplo más representativo de una cosa inmueble por accesión son los materiales con los que se construye un edificio y sus cimientos (ladrillos, vigas, tuberías, aberturas, cemento

[21] Aunque la doctrina no se ponía de acuerdo para determinar las cosas que debían ser consideradas inmuebles “por accesión moral” (categoría que se delimitaba en los artículos 2316, 2320 y 2321 del Código Civil), se destacaban como ejemplos no cuestionados los arados y elementos de labranza. La afectación de las cosas muebles al destino del inmueble debía ser cumplida por una persona con derecho a hacerlo pues de lo contrario seguían perteneciendo a aquél a quien pertenecían antes de la amalgama ya que debe mediar una voluntad de afectación al uso perpetuo del fundo (nota al artículo 2316 del Código Civil).

etc.) que al momento de la construcción son cosas muebles, pero se convierten en inmuebles a medida que pasan a integrar el edificio[22]. A partir de entonces forman una parte necesaria de éste pues no pueden ser separados sin destruir el edificio, que a la vez integra el suelo al que está adherido. Incluso desde el momento en que cumplan con la adhesión perdurable, comparten el carácter de inmuebles por accesión las mejoras e instalaciones que pasan a formar parte del edificio como un conjunto (tales como los artefactos del cuarto de baño, etc.). Como es lógico, si son separados del edificio readquieren su carácter de cosas muebles. Precisamente, la correcta delimitación de la categoría de inmueble por accesión adquiere relevancia en la venta o en la hipoteca de un inmueble para evitar conflictos en cuanto a la extensión de la cosa transmitida o gravada, pues el compromiso de transmisión de una casa o de una unidad funcional, conlleva la entrega de todo lo adherido, salvo que expresamente se convenga en contrario.

II.4.4 Distinción entre el inmueble civil y el inmueble registral

Si bien el término *inmueble* es el mayormente utilizado en el Código Civil y Comercial, sus redactores también se valieron de otras expresiones para referirse a esta categoría de cosas, aunque no necesariamente reflejen idéntico significado, tales como "predio", "fundo", "heredad", "casa" o "finca" que no resisten la clasificación que los distingue en tales por su naturaleza o por accesión[23].

La situación no es mejor en la ley nacional registral 17.801[24] que toma al "inmueble" como base de la inscripción[25] al momento de elegir un método para

---

[22] El propio Vélez Sarsfield dejó en claro la correspondencia en la nota al artículo 2314 de su Código Civil, a través de la cual traslucía su pensamiento en cuanto a que "Los edificios son designados en el Cód. francés como inmuebles por su naturaleza, cuando en verdad sólo lo son por un hecho de accesión…".

[23] Aunque el Código Civil y Comercial no utilice el término "lote" para designar una cosa inmueble (sino que con ese vocablo designa cada porción del acervo a adjudicar a los herederos o legatarios), la ley 14.005 de venta de inmuebles fraccionados en lotes refleja el interés del legislador por la subdivisión de la tierra, y la existencia de loteo es un requisito necesario para que resulte de aplicación. Explica Ariel Ariza que lote es aquella porción de un inmueble que todavía no es objeto de propiedad independiente y depende para la posibilidad jurídica de existencia de un plano de subdivisión del que surgirán esas entidades ideales que aún no han adquirido individualidad registral porque forman parte del inmueble a lotearse. A medida que los lotes son vendidos y es inscripta su titularidad dominial, el lote pasa a constituir un inmueble (ARIZA, ARIEL, "Compraventa de lotes por mensualidades. Consideraciones actuales sobre el régimen de la ley 14.005", SJA 19/10/2011, Abeledo Perrot Online N°: 0003/015617).

[24] Sancionada el 28 de junio de 1968 por el Presidente de la Nación Argentina en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5º del Estatuto de la Revolución Argentina.

ordenar e individualizar los asientos, pero no contiene una definición de inmueble a los fines registrales. Y tratándose el principio de especialidad de uno de los criterios fundamentales de nuestro sistema registral inmobiliario (también llamados "principios registrales"), cobra relevancia la exacta individualización del inmueble para lograr la perfecta publicidad de los asientos registrales (cuya enumeración de las circunstancias que deben contener surge del artículo 12 de la ley 17.801).

Debido a que la propia ley registral 17.801 se declara "*complementaria del Código Civil*" (artículo 42) y por lo tanto hoy del Código Civil y Comercial, corresponde la remisión a este último que define a los inmuebles por su naturaleza en el artículo 225 según el cual son tales "*el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre*". Dicho artículo debe integrarse con el 1945 del mismo Código —referido al derecho real de dominio pero aplicable a los restantes derechos reales inmobiliarios[26]—, que dispone que el dominio de un inmueble "*se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales*".

Sin embargo, este criterio que surge del Código Civil y Comercial, el cual se basa en la superficie delimitada por líneas poligonales, resulta útil para individualizar un inmueble, aunque puede no servir desde el punto de vista registral.

Encontramos dos ejemplos de casos en los que el criterio de individualización de un inmueble que se extrae del Código Civil y Comercial puede no ser compatible con la unidad que se inscribe en los registros inmobiliarios de acuerdo a la técnica del folio real. Uno es el supuesto de anexión (o unificación) en una sola matrícula de dos o más

---

[25] De este modo deja de lado las técnicas de folio personal (en el que el asiento se individualiza por los titulares) y de orden cronológico (en el que la individualización es por fechas) para adoptar la técnica de folio real mediante la cual la identificación de los asientos se produce por inmueble (es decir teniendo en cuenta el objeto de la relación jurídica, por ser el elemento menos cambiante), soporte físico en el que se apoya la inscripción de los documentos por los que se "constituyen, transmiten, declaran, modifican o extinguen derechos reales" (artículo 2 ley 17.801). Al decir de Felipe Pedro Villaro, esta técnica es "*notoriamente superior a las anteriores porque permite la concentración de los asientos referidos a un mismo inmueble; facilita la certificación; aumenta la seguridad en la información y permite la aplicación plena de los principios de especialidad y determinación*" (VILLARO, FELIPE PEDRO, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, 2da. edición, Buenos Aires, Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 1999, p. 35).

[26] Cuando los derechos reales recaen sobre cosas inmuebles, se habla de derechos reales inmobiliarios.

inmuebles considerados como tales de acuerdo a la ley de fondo[27] y el otro es el de las *unidades complementarias* en edificios que se someten al régimen horizontal.

Las unidades complementarias han sido previstas en el artículo 2039 última parte del Código Civil y Comercial como sectores cuyo destino sea el de servir a las unidades funcionales, tales como cocheras individuales, bauleras, etcétera, y para tener tal carácter, deben ser concebidas en los planos de modo tal que la subdivisión horizontal las contenga con esa designación. Pero no siguen estrictamente al dominio exclusivo de un determinado sector privativo, sino que depende de lo que se acuerde convencionalmente.

Pueden pertenecer a todos o a algunos propietarios y el titular de una unidad puede adquirir una o más unidades complementarias de cualquier destino. Es decir que en los reglamentos podrá consignarse como restricción que sólo podrá ser titular de unidades complementarias quien revista el carácter de titular de una o más unidades principales, de modo de evitar el riesgo de incluir a terceros que no comparten la problemática del consorcio. Esta restricción a la libre disposición jurídica, "*fundada en la supremacía de los intereses de la comunidad, no desnaturaliza el derecho exclusivo que sobre esas unidades complementarias ejercerá su titular*"[28].

Pero a su vez, como el artículo 2056 del Código Civil y Comercial exige que el reglamento de propiedad horizontal contenga no sólo la "*determinación de las unidades funcionales y complementarias*" (inc. b) sino también la "*determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios*" (inc. q), también un titular puede pretender la venta de una de sus unidades complementarias a quien no sea titular de una unidad principal.

A raíz de esta obligatoriedad de determinar en el reglamento las eventuales prohibiciones para la disposición de unidades complementarias "hacia terceros no propietarios", debe concluirse que aunque "la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas" (artículo 2045), esta interdependencia no impide al titular

---

[27] Explica Nicolás Agustín Soligo Schuler que, de acuerdo a la segunda parte del artículo 13 de la ley 17.801 —donde se establece que "*Cuando diversos inmuebles se anexaren o unificaren, se hará una nueva y única matrícula de las anteriores, poniéndose nota de correlación*"— se creará un nuevo y único folio real que contenga la descripción de todos los inmuebles involucrados y sus distintas causas de adquisición (SOLIGO SCHULER, NICOLÁS AGUSTÍN, "La relación entre ´inmueble civil´ y ´finca registral´ en el Derecho argentino" en *Estudios de Derecho Inmobiliario*, Adriana Abella -directora-, 1era. ed., Buenos Aires, Zavalia, 2012, p. 472).

[28] PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, *op.cit.,* p. 470.

transmitir solamente la unidad complementaria a un tercero, si ello no estuviere prohibido en el reglamento.

La solución legal que admite la transmisión de unidades complementarias a terceros no propietarios debería dar lugar a que la técnica registral permita su matriculación en folios reales independientes, pero esto no es así hoy en los sistemas de registración locales[29], los que —quizás teniendo en cuenta el significado del término "complementario"[30]— adoptan la técnica registral de incluir la unidad complementaria en el folio real de la unidad principal.

De este modo, las personas que no sean titulares de unidades funcionales no podrán adquirir unidades complementarias a pesar del permiso en sentido contrario por parte de la ley de fondo, y dos inmuebles civiles se convierten en uno solo a los fines registrales.

Por último, a los fines de encontrar un concepto legal válido para todos los casos, podría resultar de ayuda el concepto de "parcela" que brinda la Ley Nacional de Catastro 26.209[31], la cual en su artículo 4 y a los efectos de esa ley, denomina como tal "*a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondientes a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida*". Sin embargo, más adelante exige que su "*existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral*". Es decir que la parcela deslindada desde el punto de vista catastral no siempre coincidirá con los inmuebles en los términos civiles o registrales pues por ejemplo podrían haberse registrado planos que aún no tengan reflejo escriturario o bien podrían unificarse en una partida más de una parcela.

II.4.5 Las unidades funcionales en propiedad horizontal

Como el titular de dominio del terreno (inmueble por su naturaleza) tiene sobre el objeto de su derecho real las más amplias facultades de disposición física y jurídica que el ordenamiento confiere al titular de ese derecho real, no hay dudas de que

---

[29] El artículo 117 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17.801 para la Capital Federal, establece que "Las unidades complementarias no son susceptibles de ser registradas en forma independiente sino vinculadas como accesorias de una unidad funcional, con excepción del supuesto en el que se transmitan a quien fuere titular de una unidad funcional en el mismo edificio, o la adquiera simultáneamente. En tal caso, la unidad complementaria quedará asignada a la funcional de propiedad del adquirente". Como se ve, la norma no admite la transmisión a un tercero no propietario.

[30] De acuerdo a la primera acepción del término, "complementario, -ria" es lo que "sirve para complementar una cosa, completándola o mejorándola" (*Diccionario Manual de la Lengua Española,* Vox, 2007, http://es.thefreedictionary.com/complementario).

[31] Sancionada el 20 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 15 de enero de 2007.

puede edificar sobre él y luego decidir si subdivide o no el inmueble en dos o más fracciones. Si opta por la vía de la subdivisión, debe confeccionar un plano de división al efecto aprobado por las autoridades locales[32] y luego modificar el título de propiedad a partir de la declaración de voluntad por escritura pública o por sentencia judicial, instrumentos que luego deberán ser inscriptos en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros.

Si un inmueble se dividiera, se confeccionarán tantas nuevas matrículas como partes resultaren, anotándose en el folio primitivo la desmembración operada y se vincularán las matrículas con los planos de mensura correspondientes (artículo 13 ley 17.801). A partir de entonces, se generan las nuevas matrículas que corresponden al inmueble dividido y que guardan una individualidad propia a los efectos de la publicidad de su estado de dominio.

Además de poder optar por la división del inmueble único en dos inmuebles luego de cumplir con las normas administrativas locales, para el caso de tratarse de un inmueble edificado total o parcialmente también el propietario puede decidir la subdivisión del inmueble afectándolo al régimen de propiedad horizontal. Para ello deberá encomendar la confección del plano de mensura y división en propiedad horizontal y conseguir su aprobación y registro en la oficina de Catastro como condición previa al otorgamiento de la escritura pública por la que se redacte el reglamento de propiedad horizontal.

La aprobación del plano de mensura y división en propiedad horizontal no implica la modificación jurídica de la situación dominial del inmueble sometido a la planimetría, pues para ello se requiere la transmisión de al menos una de las unidades luego del otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal.

La sumatoria de todos los derechos individuales de propiedad horizontal recae sobre un único inmueble edificado, y cada uno de los derechos en particular tiene por objeto un sector del edificio que conforma una unidad autónoma pero que integra la misma construcción. Es decir que, en su versión más común, el complejo está constituido por un grupo de unidades, sobre un mismo terreno y con una estructura edilicia común. Ya se ha explicado que las edificaciones no son inmuebles por naturaleza, sino que lo son por accesión pues se tratan de cosas muebles en su origen

[32] Agrega Adriana N. Abella que "*el plano es válido una vez aprobado o registrado en Catastro o Geodesia, con el sello que así lo determina, pero sus efectos jurídicos funcionan desde el momento en que el titular de dominio somete el inmueble al plano*" (ABELLA, ADRIANA N., "Propiedad Horizontal. Cuestiones Planimétricas. Desafectación", en *Revista del Notariado,* nro. 895, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 87).

(por ejemplo materiales de construcción) que luego quedan inmovilizadas por su adhesión física al suelo de manera permanente, con el cual componen el inmueble en su totalidad. Es el hombre quien a partir de su acción, transforma la cosa mueble en inmueble y adquiere el dominio por accesión desde que la cosa mueble acrece al suelo por adherencia natural. Pero resta por responder si tiene la misma condición la unidad funcional de un edificio sometido al régimen horizontal.

De la conjunción de los transcriptos artículos 225 y 1945, se desprende que el único parámetro útil que contiene el Código Civil y Comercial para distinguir o dividir un inmueble de los contiguos es la *superficie*, cuyo plano se determina por líneas geométricas que conforman su perímetro y que se extienden en forma imaginaria hacia la profundidad del suelo y hacia el infinito en el espacio aéreo.

Esta expansión en altura logra la necesaria individualización del inmueble para cumplir con el principio de especialidad también en el caso de las unidades funcionales en plantas elevadas del suelo que integran un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal las que, por ubicarse en altura, no cumplen con el criterio de ser una porción de terreno delimitada por líneas poligonales[33].

Pero además, no puede discutirse que se tratan de inmuebles pues al brindar el concepto del derecho real de propiedad horizontal el artículo 2037 del Código Civil y Comercial deja en claro que "*se ejerce sobre un inmueble propio*" y despeja cualquier duda sobre la naturaleza inmobiliaria de la unidad.

De acuerdo a la referida naturaleza inmobiliaria de las cosas que sirven de objeto a la propiedad horizontal, el derecho real sobre la unidad puede ser adquirido por tradición posesoria, en cuyo caso será necesario contar además con el título suficiente (artículos 750 y 1892 del Código Civil y Comercial), por causa de muerte (se aplican las disposiciones del Libro Quinto del Código Civil y Comercial) y por prescripción adquisitiva (artículos 1898 a 1905 del Código Civil y Comercial). Y en todos estos casos, si la adquisición forma parte de una relación de consumo, el adquirente se transforma en un consumidor inmobiliario protegido por el régimen especial.

---

[33] De la misma manera, aunque el Código Civil y Comercial define al derecho de superficie como un derecho real temporario, que se constituye sobre un "inmueble" ajeno (artículo 2114), su titularidad otorga, según las modalidades de su ejercicio, la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido "*en el terreno, el vuelo o el subsuelo*". Es decir que si se concede el derecho sobre el vuelo o sobre el subsuelo, su extensión no puede determinarse por líneas geométricas trazadas sobre el suelo pero su individualización se logra extendiendo tales líneas hacia el espacio aéreo o hacia las profundidades, según el caso.

III- LA CREACIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL[34] Y SU FUNCIÓN EN EL NACIMIENTO DEL CONSORCIO DE PROPIETARIOS

III.1 El dictado del reglamento de propiedad horizontal: forma y efectos

Tanto en el régimen anterior (artículo 9 de la ley 13.512 y artículos 1, 2 y 24 de su decreto reglamentario 18734/49) como en el actual (artículo 2038 del Código Civil y Comercial), se establece la obligación de dictar el reglamento de propiedad horizontal[35], de redactarlo bajo la forma de escritura pública y de inscribirlo en el registro inmobiliario que corresponda según la ubicación del inmueble que se afecta al régimen.

Pero el otorgamiento de ese reglamento no altera el dominio del titular sobre la totalidad de su inmueble, el que continúa sin modificación alguna, e incluso rigiéndose por el título que tiene como antecedente. Esta situación que se califica como *estado de propiedad horizontal*, es la aptitud jurídica del inmueble, luego del dictado del reglamento, para convertirse en asiento del *derecho real de propiedad horizontal*, del cual aún no puede hablarse mientras las cosas comunes pertenezcan sólo al propietario vendedor, pues el régimen de condominio sobre aquellas supone la titularidad de dos o más personas[36]. Si el reglamento se hubiera otorgado y la inscripción registral no se hubiera concretado y no estuviera en condiciones de ser

---

[34] Enseña Hernán Racciatti que el reglamento *"constituye el estatuto inmobiliario regulador de las facultades y obligaciones de la comunidad consorcial, dado que la ley 13.512 de Propiedad Horizontal se ha limitado a establecer solamente los principios esenciales y básicos de cumplimiento obligatorio, dejando a los titulares amplia libertad de reglar el detalle dentro de aquellas normas que revistan en la materia el carácter de reglas de orden público"* (RACCIATTI, HERNÁN, *Propiedad por Pisos o por Departamentos*, 3ra. edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 130).

[35] Entre los países de la zona, Brasil (artículo 1332 del Código Civil) y Bolivia (artículo 194 del Código Civil) también adoptan el sistema de reglamento obligatorio, mientras que en Uruguay (artículos 16 y 17 de la ley 10.751) su dictado es facultativo.

[36] En contra, Mario Szmuch afirma que la teoría de estado de propiedad horizontal "resulta inconsistente" y que el régimen se origina al otorgarse el reglamento, aún antes de inscribírselo, pues desde entonces el propietario no puede disponer de su derecho de dominio sobre el inmueble sin antes desafectarlo, pero sí puede disponer de las unidades funcionales. Por esa razón concluye que en esa instancia "es más coherente reconocer la existencia de los derechos reales de propiedad horizontal y negar la del dominio o derecho afectado" (SZMUCH, MARIO GABRIEL, "Inexistencia del estado de propiedad horizontal. El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad", en *Revista del Notariado*, nro. 924, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 112). Por nuestra parte pensamos que no extingue un derecho real la sola posibilidad de su titular de disponer del mismo y convertirlo en otro; por ejemplo, por más que el dueño esté en condiciones (por ser capaz y estar legitimado) de vender una parte indivisa de la cosa, e incluso haya realizado actos preparatorios al efecto, no habrá derecho real de condominio mientras no se cumpla con uno de los modos de adquisición de los derechos reales, es decir, en este caso, hasta que no concurran el título y el modo suficientes (artículo 1892 del Código Civil y Comercial).

obtenida, tampoco será posible otorgar el acto posterior por el cual se transfiera el *derecho real de propiedad horizontal* respecto de unidades afectadas al régimen.

Para la adquisición del *derecho real de propiedad horizontal*, es condición imprescindible entonces que el edificio se halle en *estado de propiedad horizontal* (pues de ahí en adelante la disposición de las unidades sólo puede cumplirse bajo el régimen específico), en virtud del previo otorgamiento del reglamento, el cual podrá estar inscripto o en condiciones de serlo. Es por esto que el artículo 2038 del Código Civil y Comercial explica que la obligación del titular de dominio o de los condóminos de redactar el reglamento —que debe ser inscripto— se establece "*a los fines de la división jurídica del edificio*".

Es decir que es a partir de la necesaria inscripción del reglamento de propiedad horizontal en el Registro de la Propiedad Inmueble que se concretará la división del inmueble general, y no a partir de la aprobación del plano, pues es aquella registración la que generará las distintas submatrículas como unidades surjan del proyecto, donde se podrán inscribir los títulos por los que se constituyan o transfieran derechos reales sobre ellas. Y por su parte, la sola inscripción del reglamento sin la simultánea transmisión de las unidades a los adquirentes no produce el nacimiento de los derechos de propiedad horizontal de los consorcistas, el cual tiene lugar recién a partir de la adquisición de al menos una unidad por parte de un nuevo titular quien, junto con el originario dueño único, dan nacimiento al consorcio, que debe estar integrado por más de una persona, tal como se desprende del artículo 2044 del Código Civil y Comercial que define al consorcio como "*el conjunto" de los propietarios de las unidades funcionales*, dando idea de pluralidad.

En síntesis, la transmisión de alguna de las unidades no sólo provoca la mutación del derecho real sobre el inmueble sino que también da lugar al nacimiento del consorcio como persona jurídica, que se reconoce entonces en dos fases: la primera cuando se otorga e inscribe el reglamento de propiedad horizontal (que coloca al edificio en *estado de propiedad horizontal*), y luego cuando la comunidad está integrada por al menos dos consorcistas —cada uno de ellos titular de su propio derecho real autónomo de propiedad horizontal—, o sea, cuando es posible que funcione el sistema horizontal, tornándose aplicable el régimen de mayorías y minorías, de sectores privativos y de bienes comunes, y de derechos y obligaciones en general. Vale decir que, sin importar si la titularidad de dominio sobre el inmueble general lo ejerce sólo una persona humana, o varias, o una persona jurídica, en los casos en que la construcción de las unidades tiene por fin su enajenación a terceros, el solo otorgamiento e inscripción del reglamento no provoca el nacimiento del

consorcio. Esto ocurrirá a partir del primer acto de disposición con tradición cumplida, que incorpore algún tercero al edificio, y, por ende, al régimen que lo afecta.

Sin embargo, en algunos casos, el consorcio de propiedad horizontal comienza su existencia con el otorgamiento e inscripción del reglamento. Así ocurre cuando la atribución del derecho individual sobre cada sector privativo es la consecuencia de un acto de partición del condominio preexistente y de la adjudicación de las unidades que componen el edificio, todo lo cual suele ocurrir en forma simultánea con el otorgamiento del reglamento.

De acuerdo al artículo 2038 del Código Civil y Comercial, además del titular de dominio, quedan facultados "los condóminos" a redactar el reglamento de propiedad horizontal –que debe inscribirse en el registro inmobiliario– como paso previo y necesario "a los fines de la división jurídica del edificio". Es por esto que en el caso de los condóminos, habrá de contarse con el voto unánime de todos ellos, no sólo porque la norma no efectúa ninguna alusión a mayorías sino porque en la regulación especial se previene que la disposición jurídica o material de la cosa en condominio, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos (artículo 1990 del Código Civil y Comercial).

Atento que el artículo 2120 del Código Civil y Comercial previene que "*el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal*", cabe preguntarse si el tantas veces referido artículo 2038 debió haber incluido al superficiario en la nómina de los facultados a redactar el reglamento. La preexistencia del reglamento despeja las dudas a favor de la innecesariedad en el caso de un edificio ya sometido al régimen de propiedad horizontal en el que los consorcistas[37] deciden constituir a favor de un tercero un derecho de superficie sobre el vuelo o espacio aéreo (artículos 2115 y 2118 del Código Civil y Comercial). Pero si el dueño del terreno o los condóminos lo gravan con superficie, y el superficiario realiza una

[37] De acuerdo al artículo 2118 están facultados para constituir el derecho real de superficie "*los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal*". Por más que la literalidad del precepto permita interpretar que la facultad se le otorga a los titulares de unidades funcionales aún en forma individual o en grupos, el ejercicio de tal potestad en el régimen de propiedad horizontal requiere la voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea (según el argumento que brinda el artículo 2059, que permite prescindir de la vía asamblearia para tomar decisiones válidas, y artículo 2052 del Código Civil y Comercial, del cual se desprende la exigencia de la unanimidad para la elevación de nuevos pisos).

construcción que afecta al régimen de propiedad horizontal (supuesto que regula el artículo 2120 del Código Civil y Comercial), no habría razones para impedirle al superficiario dictar el reglamento "*a los fines de la división jurídica del edificio*" (artículo 2038). Esta posibilidad de afectación autónoma por parte del superficiario puede incluso implicar ventajas en el caso de la quiebra del propietario del suelo o si éste es inhibido por sus acreedores.

El Código Civil y Comercial ya no contempla expresamente la posibilidad que admitía el artículo 9 primera parte de la ley 13.512 según el cual, al constituirse el consorcio de propietarios, se debía acordar y redactar el instrumento entre todos los propietarios. La norma partía del presupuesto que para el otorgamiento se hallaban reunidas la totalidad de las personas que en su momento construyeron el edificio y que iban a ejercer su derecho real de propiedad horizontal sobre las unidades. Si bien esta redacción conjunta constituía una alternativa posible, en la práctica se tornaba poco menos que inaplicable, salvo en el caso de pequeños consorcios para los que aún resultaba infrecuente.

El supuesto corriente y ahora receptado como único por la norma, es que la construcción se haya llevado a cabo por una o varias personas humanas o jurídicas, para luego enajenar a terceros algunas o todas las unidades que componen el edificio. En esta hipótesis, antes prevista por el artículo 1 del decreto 18734/49 (el cual quizás sin querer constituyó una de las primeras manifestaciones de un contrato por adhesión), la redacción y el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal son verificados por el único o por todos los propietarios del inmueble o por el superficiario, antes de la enajenación de las unidades[38].

La forma instrumental imperativamente asignada para la redacción y otorgamiento del reglamento sigue siendo sólo la escritura pública (artículo 2038 del Código Civil y Comercial) pues ni siquiera se contempla la posibilidad de crearlo mediante testimonio judicial en el marco de una partición por esa vía[39]. Para autorizar el acto, el escribano interviniente habrá de tener a la vista, entre otra documentación, el título que acredita el dominio del otorgante sobre el inmueble que afectará al

[38] Se resolvió que el reglamento vigente en virtud de una adhesión sucesiva de los propietarios tiene tanto valor como el que éstos hubiesen acordado a consecuencia de un acto deliberativo conjunto (Cámara Nacional Civil, Sala D, "Guibert, y Cía. S.A. c/ Productos Químicos CIBA S.A.", 05/09/1961, La Ley, 105-132).

[39] El carácter específico del artículo 2038 del Código Civil y Comercial para el reglamento de propiedad horizontal deja sin efecto la previsión del artículo 2369 del mismo Código (aplicable a la partición hereditaria o a la partición de condominio, esto último por el reenvío del artículo 1996) según el cual "Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes".

régimen, el certificado registral que justifique las condiciones de esa titularidad (artículo 23, ley 17.801) y un ejemplar del plano de mensura para la subdivisión horizontal del edificio construido o en construcción. Una vez inscripto[40], el reglamento constituye el estatuto regulador de todos los derechos y obligaciones de los titulares de los derechos reales de propiedad horizontal.

Al igual que el criterio escogido por los artículos 9 de la ley 13.512 y 3 de su decreto reglamentario 18734/49, el artículo 2056 del Código Civil y Comercial enuncia en 22 incisos las cláusulas que obligatoriamente debe contener el reglamento, pero no regula qué consecuencia sufrirá si le faltaren alguna o algunas de ellas. En tal caso, si aún no ha sido elevado a escritura pública, el notario advertirá la ausencia y procederá a la subsanación. Pero si el profesional remite el reglamento para su inscripción en el Registro de la Propiedad sin haber notado la deficiencia, sólo la falta de las cláusulas de existencia obligatoria que tengan vocación registral determinará el rechazo de su registración por ser portador de un defecto esencial. En tal caso, previa calificación del registrador, será devuelto para que sea subsanado por su creador único o plural, en el plazo y por el procedimiento que establece la normativa registral (artículo 9 inc. "b", ley 17.801).

A fin de reglar sus derechos y obligaciones, los propietarios también pueden pactar la existencia de un reglamento interno, el que no había sido siquiera mencionado en la normativa anterior. Pero a diferencia del reglamento de propiedad horizontal cuya redacción es obligatoria y necesaria para someter un inmueble al régimen de la propiedad horizontal, la creación de aquél es voluntaria. Es por eso que el artículo 2046 obliga al propietario a cumplir con las disposiciones del reglamento de propiedad horizontal y del reglamento interno, pero en este último caso, "*si lo hay*" (inc. "a").

III.2 Distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal

Desentrañar la naturaleza jurídica de un nuevo instituto implica decidir su encuadre en el marco de las categorías dogmáticas conocidas, o bien crear una nueva si no es posible aquella asimilación.

---

[40] Atento que el reglamento obliga no sólo a los propietarios de unidades funcionales sino también a cualquier otro ocupante que no lo otorgó ni lo consintió, su inscripción registral provoca la oponibilidad a estos terceros interesados de buena fe, quienes deben tener la posibilidad de conocerlo para que se les pueda exigir el respeto de sus cláusulas (artículo 2 ley 17.801).

La discusión sobre la naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal viene de la mano de la variedad de funciones que desempeña a partir de su creación obligatoria y posterior inscripción, que van desde lograr la división jurídica del edificio (artículo 2038 del Código Civil y Comercial) hasta dar lugar al nacimiento de la persona jurídica consorcio conformada por "*el conjunto de propietarios de las unidades funcionales*" (artículo 2044 del Código Civil y Comercial) cuya pluralidad de integrantes requiere para su constitución la transferencia de al menos una unidad funcional por parte del propietario único.

Adelantamos que el reglamento comparte los mismos atributos que caracterizan al contrato —definido en el artículo 957 del Código Civil y Comercial como "*el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales*"[41]— y que por esta razón puede contener cláusulas abusivas en su texto.

Por ser una especie del género *contrato*, en el reglamento confluyen todos los rasgos generales característicos, a saber: el nacimiento por voluntad de las partes y la consecuente obligatoriedad de sus cláusulas para quien consintió (artículo 959 del Código Civil y Comercial), el objeto que no debe ser "*imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos de la dignidad humana*" (artículo 279 del Código Civil y Comercial), la forma (en este caso impuesta, pues se requiere la escritura pública), la exigencia de la buena fe para su creación (artículo 961 del Código Civil y Comercial), el derecho de las partes de incorporar las cláusulas que estimen pertinentes dentro de los límites que imponen la ley y el orden público, la facultad de modificarlo o extinguirlo (mediante la voluntad mayoritaria o unánime de los propietarios, según los casos) y las inhabilidades especiales para contratar del artículo 1002 del Código Civil y Comercial, especialmente la que determina que no pueden contratar en interés propio los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí (inciso d)[42].

En resumen, las funciones de un instituto no determinan su esencia y por lo tanto no afectan la naturaleza contractual del reglamento, aunque su existencia venga

---

[41] La norma parece aceptar que la convención es el género y el contrato una de sus especies, pues mientras que la noción de contrato parece circunscribir su ámbito a las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, la convención implicaría un acuerdo para establecer todo tipo de relaciones jurídicas. Sin embargo, a los fines de nuestra exposición utilizaremos ambos conceptos de modo indistinto e intercambiable.

[42] De la norma se desprende que, por el contrario, si el régimen patrimonial elegido por los cónyuges es el de separación de bienes, tendrán libertad para contratar entre sí.

impuesta como requisito de nacimiento del sistema (si su creación no fuera obligatoria, su naturaleza no podría distinguirse de la de cualquier otro contrato) y aunque la obligatoriedad de sus disposiciones se extienda "para todos aquellos que de una forma u otra se hallan adheridos a su redacción"[43].

III.2.1 Argumentos de quienes asimilan el reglamento a una norma jurídica

La misma polémica que se había planteado entre los juristas respecto de la naturaleza jurídica de los estatutos de las asociaciones civiles se reeditó ante la aparición del llamado *reglamento de copropiedad y administración* en la ley 13.512, pues para algunos debe ser considerado una *norma jurídica* y para otros un *contrato*.

No obstante nuestra opinión en contrario, pasaremos revista a los argumentos de quienes se oponen a la naturaleza contractual y consagran la tesis de la norma jurídica.

a) Luego de aclarar que la doctrina nacional veía en los estatutos de una asociación un contrato de sociedad y en ciertos casos un contrato por adhesión, Guillermo Borda afirmaba que aquellos "*son la expresión de un acto voluntario, pero este acto voluntario –no contractual– una vez aprobado por el Estado, adquiere el valor de una verdadera norma jurídica, que gobierna la entidad y a la cual están sometidos sus miembros*". Y sin tener en cuenta que el reglamento no requiere aprobación estatal, hizo extensivos para éste los argumentos por los que no podía ver un contrato en el estatuto de la asociación. Así, opinaba que tanto el reglamento como el estatuto son instrumentos destinados a reglar derechos y obligaciones de los otorgantes, que dan sustento a una nueva persona jurídica, capaz por sí misma de adquirir derechos y contraer obligaciones, y cuyos fines están más allá de los intereses personales de sus miembros[44]. De esta separación entre la entidad y sus miembros, derivaba que no importa que éstos renuncien, fallezcan o se renueven. Añadía, entre otras diferencias, que los contratantes se vinculan con la intención de crearse una situación particular, mientras que quienes se adhieren a un estatuto o a un reglamento

---

[43] Cámara Nacional Civil, Sala K, "Consorcio Av. Libertador Gral. San Martín 102/118 c/ Rodríguez Berón de Araujo, Mabel Cecilia s/sumarísimo", 17/10/1994, La Ley Online AR/JUR/140/1994. En el fallo se agrega que la obligación de respetar el destino previsto por el reglamento consorcial pesa no solamente sobre los titulares del dominio de ellas sino también sobre todo ocupante, cualquiera fuera el título de su ocupación. No podría ser otra la solución si se piensa que de no ser así los propietarios estarían en desventaja en relación a los ocupantes y esta injusticia podría dar lugar a simular contratos para convertir al propietario en ocupante y así evadir prohibiciones reglamentarias.

[44] BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, undécima edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1996, t.1, pp. 577 y 578. Sin embargo, el autor sostenía la naturaleza contractual de la sociedad que también origina una nueva persona.

se someten a una situación general y única para todos los miembros[45]. Y según su frase que ha sido adoptada como propia entre los pocos que adhieren a su pensamiento[46], el ilustre doctrinario concluía respecto de la naturaleza jurídica del reglamento que es "algo más que un contrato; estamos en presencia de verdaderas normas jurídicas, obligatorias aún para aquellos que no prestan su consentimiento, aunque el origen del reglamento haya sido una convención, tal como ocurre con los estatutos de las asociaciones o con las convenciones colectivas de trabajo, que en su origen son convencionales, pero que se transforman por imperio de la ley en verdaderas normas jurídicas"[47].

---

[45] BORDA, *op.cit.*, p. 577.

[46] Se dijo que el reglamento es "algo más que un contrato ya que se está en presencia de verdaderas normas jurídicas, obligatorias aún para aquellos que no prestan su consentimiento, tal como ocurre con los estatutos de las asociaciones o con las convenciones colectivas de trabajo" (Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial La Plata, Sala III, "Ferrando, Isabel c/ Consorcio de Propietarios calle Diagonal 80 entre 42 y 116 s/ Daños Y Perjuicios", 25/04/1989, Base Juba sumario B 350072 y "Bensujan, Alberto J. c/ Consorcio de Propietarios Avda. Mitre s/ Daños y perjuicios", 14/04/1994, Infojus: FA94010381). Idéntico texto utiliza Juan Antonio Costantino para adherir a la idea, aunque párrafos más adelante expresa que la fuerza vinculante del reglamento deriva de su "origen contractual" (COSTANTINO, JUAN ANTONIO, "Propiedad horizontal, edificio, plano de subdivisión y reglamento de propiedad (provincia de Buenos Aires)", 2010, APBA 2010-10-1093, Abeledo Perrot N° 0003/800953). Si bien en su última obra incluye las mismas consideraciones en forma textual, también opina que el reglamento "*es un estatuto, de raíz voluntaria o convencional, pero no meramente un contrato*" y prefiere "hablar de naturaleza convencional en forma más genérica", ya que, siguiendo a Messineo, los estatutos o reglamentos de la comunidad tienen la naturaleza jurídica de contratos creadores de normas con un carácter de generalidad, por lo que más que un contrato es un acuerdo, pues aquél regula relaciones jurídicas y norma. Y enumera también las situaciones que, a su juicio, no se ajustan en el reglamento a la operatividad de un contrato, tales como que puede redactarse, otorgarse e inscribirse sin la concurrencia de voluntades de quienes serán los propietarios, que cuando los adquirentes por boleto de compraventa en el consorcio de hecho no logren la unanimidad a los fines de otorgar el reglamento aún no otorgado e inscripto, puede ser suplida esa voluntad por la intervención judicial, que la intervención estatal resulta esencialmente más aguda que en la materia contractual en general, que puede ser reformado por determinadas mayorías, que el ejercicio de la condición resolutoria implícita es inoperante en esta materia y que las disposiciones del reglamento reflejan sus efectos no sólo sobre los propietarios contratantes, sino sobre otros sujetos que, sin haber intervenido con su voluntad en el otorgamiento del estatuto, están obligados a cumplirlo, tales como inquilinos u ocupantes por cualquier título o causa (COSTANTINO, JUAN ANTONIO, *La Propiedad Horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 57 a 59 y 69). La afirmación en cuanto a que el reglamento se trata de un acuerdo normativo y no de un contrato ya había sido puesta de manifiesto por el autor en una obra precedente (COSTANTINO, JUAN ANTONIO, *Propiedad Horizontal*, Rosario, Juris, 2002, p.111). Por último, para Mario Szmuch, el reglamento constituye "una ley en sentido material, originada en la voluntad del afectante y sancionada por la ley que habilita a aquel a dictarla; es una ley, un ordenamiento específico de segundo grado, de raíz privada". Y agrega que tampoco es un contrato cuando dos o más personas lo otorgan, pues en tal caso se tratará "de un acto plurilateral mediante el cual cada uno de los que concurren a su formación declara una voluntad igual a la de cada uno de los demás, para obtener un efecto jurídico igual para todos" (SZMUCH, *op.cit.,* p.115).

[47] BORDA, GUILLERMO A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, t.1, pp. 616 y 617.

Sin embargo, aun si se considera que el reglamento reúne un conjunto de normas jurídicas (o leyes en sentido material), ello no impide asignarle naturaleza contractual porque, en palabras de Susana Lambois, todo contrato "*es una ley individual, productora de derecho objetivo*"[48], pero además es fuente de derechos subjetivos dado su carácter obligatorio[49]. El contenido contractual está formado por distintas convenciones que son reglas obligatorias para las partes al igual que las que emanan de la ley, tal como surge del artículo 959 del Código Civil y Comercial que consagra el efecto vinculante del contrato válidamente celebrado.

Es decir que nada se agrega al señalar que el reglamento es una norma jurídica desde que todo contrato es ley para las partes ya que las previsiones que surgen de un contrato también constituyen un sistema normativo.

b) Aunque una norma jurídica emana del Estado y regula en forma coactiva a un número indefinido e indeterminado de personas, mientras que el contrato sólo surte efecto entre las partes, es obligatorio nada más que para ellas y no puede perjudicar a terceros, ello es así "excepto en los casos previstos en la ley" (artículo 1021 del Código Civil y Comercial, aplicable a cualquier contrato)[50]. Precisamente un ejemplo de dicha extensión legal de los efectos de un contrato a terceros se encuentra en materia de propiedad horizontal cuando el artículo 2069 del Código Civil y Comercial dispone la obligación a "los ocupantes" de respetar las prohibiciones del reglamento, o cuando el artículo 2050 del mismo Código obliga al pago de expensas —en la proporción que determina el reglamento— a "los que sean poseedores por cualquier título".

Es decir que a pesar de que la obligación de cumplir con el reglamento inscripto no reconoce como causa única la adquisición de una unidad funcional y también rige

---

[48] LAMBOIS, SUSANA, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bueres, Alberto J (director), Highton, Elena (coordinadora), Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5, p. 770.

[49] HIGHTON, ELENA I., *Propiedad horizontal y Prehorizontalidad*, 2da. edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p.172. En este sentido se dijo que el reglamento "*es un contrato, ya que establece verdaderas normas jurídicas, obligatorias aún para aquellos que no prestan su consentimiento*" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala II, "Consorcio Propietarios Lacons-I c/ Scialabba, Mariano s/ Ejecución de expensas", 14/05/1999, Base Juba, sumario B2950596).

[50] Para Debrabandere el contrato se diferencia de la ley en que "*esta última trata de comprimir la voluntad del sujeto al ejercer su fuerza centrípeta, mientras que el contrato trata de permitir la expansión de esa voluntad y genera una fuerza contraria, es decir, centrífuga*" (DEBRABANDERE, C. MARTIN en *Expensas*, Federico J. Causse y Christian R. Pettis —directores—, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, pp. 112 y 113).

para otros tenedores o poseedores que no sean miembros del consorcio[51], dicha circunstancia no convierte al reglamento en una norma jurídica, sino que sigue siendo un contrato, pero al que la ley permite expandir sus efectos a terceros no contratantes.

c) Podría decirse para sustentar la tesis de la norma jurídica que la imposición de la ley de incluir determinadas cláusulas obligatorias en el reglamento, o de ajustarse a sus previsiones en una porción importante de sus cláusulas (son pocas las libradas a la voluntad de los propietarios), constituye un impedimento para atribuirle la naturaleza contractual. La estrecha vinculación del contenido del reglamento con los derechos reales y personales que regula, determina que no todas sus cláusulas tengan el mismo alcance en cuanto a su relación con el orden público (con sus consecuentes diferencias en su fuerza obligatoria y por ende en la posibilidad de su reforma). Y esta significación diferente obsta una única apreciación.

Por estar en juego el orden público, las cláusulas del reglamento no pueden apartarse del marco legal que impone el Código Civil y Comercial cuando establece una nómina de cláusulas obligatorias (artículo 2056 del Código Civil y Comercial), aunque el contenido de éstas y el de las restantes cláusulas no forzosas es propuesto en forma libre por el redactor y sometido a la aceptación del adquirente.

Sin embargo, ese límite no impide asignarle el carácter contractual al reglamento, pues la exigencia de previsiones obligatorias e incluso la imposición de la forma, no son exclusivas para este instrumento. Es sabido que otras relaciones jurídicas contractuales no podrían crearse sin cumplir con las mandas legales —reflejadas en normas de orden público— en cuanto a incluir el contenido que la ley considera indispensable sin tener en consideración la voluntad de las partes. Mientras éstas convengan los elementos esenciales de todo contrato (sujeto, objeto y causa) —además de los elementos contingentes que el tipo elegido requiera para su existencia, como por ejemplo el precio en la compraventa y en la locación— la obligatoriedad legal de incluir determinadas previsiones en el texto de los instrumentos no implica negar el carácter contractual de esos actos. Por ejemplo, no habría argumentos para desconocer el origen exclusivamente convencional de las sociedades o del seguro, a pesar de las exigencias legales y reglamentarias en cuanto a su contenido.

---

[51] El reglamento de origen contractual también rige para el poseedor calificado que por el paso del tiempo adquiere una unidad funcional por prescripción larga, a cuyo título suficiente extradocumental (de acuerdo a los artículos 1897 y 1905 del Código Civil y Comercial la sentencia que la reconoce sólo es declarativa de un derecho real ya adquirido) también se integra el reglamento en los términos del artículo 2038 del Código Civil y Comercial.

Además, todo acuerdo que sirva de causa al nacimiento de un derecho real no está librado a la autonomía de la voluntad salvo en cuestiones secundarias, pues las partes deben respetar las normas de orden público con las que se regula la constitución y modificación de los derechos reales (artículo 1884 del Código Civil y Comercial). Pero nadie diría que el contrato que da nacimiento al usufructo o a la división jurídica horizontal del inmueble, a los que deben ajustarse los titulares de los derechos reales de usufructo o de propiedad horizontal, pierdan su naturaleza contractual por el solo hecho de dar origen a un derecho real.

Más aún, si bien cabe distinguir la hipoteca como derecho real accesorio del crédito garantizado que opera como derecho principal, el Código Civil y Comercial admite el origen contractual de todos los derechos reales de garantía (artículo 2185 del Código Civil y Comercial), entre ellos la hipoteca, cuya constitución requiere además el cumplimiento de recaudos legales en cuanto a la forma (la escritura pública, según el artículo 2208 del Código Civil y Comercial) y al contenido (la particular determinación del objeto que exige el artículo 2209).

d) Por último, se argumenta que mientras el contrato sólo puede ser modificado por voluntad de todos los contratantes, una reforma del reglamento puede lograrse en ciertos casos por mayoría y la decisión obliga incluso a los miembros que no están conformes con ella. Esta posibilidad de modificar el reglamento sin unanimidad, atentaría contra su carácter contractual.

Sin embargo, el haber prestado el consentimiento al contenido en el momento de la aceptación, impide al propietario desconocer que las decisiones consorciales deben adoptarse por la asamblea que reúna la cantidad de propietarios apta para conformar la mayoría, de acuerdo a las pautas del reglamento y del Código Civil y Comercial, y lo compromete en forma sobreentendida a aceptar la voluntad de la mayoría en caso de disidencia. En consecuencia, y atento que las reformas introducidas al reglamento originario deben ser adoptadas por vía asamblearia (y por lo tanto son obligatorias incluso para los consorcistas ausentes o disidentes) aquella aceptación originaria de los propietarios implica la eventualidad de que el contrato pueda alterarse con las mayorías legales, dejando de lado la unanimidad como única vía al efecto.

e) Podría encontrarse una excepción a la naturaleza contractual del reglamento en los casos en los que el juez, a los fines de cumplir con la preferente partición en especie no acordada por unanimidad por los comuneros (artículos 1990, 1996, 2325 y 2374 del Código Civil y Comercial), ordene la afectación a propiedad horizontal en el marco de un proceso de partición de condominio o de comunidad

hereditaria —supuestos en los que el juez puede imponer la constitución de un derecho real en los términos del artículo 1896 del Código Civil y Comercial— y a falta de acuerdo privado entre los beneficiarios de las unidades respecto del texto del reglamento, debe ser redactado por el perito que se designe en el proceso y luego aprobado por el juez. De todos modos, este extraño supuesto, que marca un límite "impuesto por la ley" a la libertad de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido (artículo 958 del Código Civil y Comercial), no despierta ningún interés, al menos para este trabajo, desde que la participación del juez rechaza la posibilidad de encontrar un contenido ilícito en el reglamento, sea por abuso o por cualquier otra causal.

III.2.2 El reglamento de propiedad horizontal como contrato y su inclusión en las categorías contractuales

III.2.2.1 La regulación de los contratos plurilaterales

A pesar de que, a diferencia de su antecesor civil[52], el Código Civil y Comercial no contiene ninguna clasificación de los actos jurídicos —que son los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (artículo 259 del mismo Código)— en la que pueda incluirse al contrato, no hay dudas en cuanto a que éste constituye una de las especies del género de los actos jurídicos, pues la propia definición legal de contrato asegura que es "*el acto jurídico*" por el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (artículo 957).

Una de las clasificaciones de los contratos que el Código Civil y Comercial legisla expresamente es la que distingue a los celebrados sólo por dos partes en unilaterales y bilaterales[53]. De acuerdo al artículo 966, los primeros son tales cuando una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada; y son bilaterales

---

[52] El Código Civil clasificaba a los actos jurídicos en *unilaterales*, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, y *bilaterales*, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas (artículo 946). Además dividía a los actos jurídicos en *entre vivos*, en los que su eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, y *de última voluntad*, cuando sólo producen efecto después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan (artículo 947). Claramente los contratos podían ser encasillados como actos jurídicos bilaterales y entre vivos, máxime que el propio Código los mencionaba como ejemplos de esta última categoría.

[53] Las otras son las que distinguen a los contratos en formales o no formales (artículo 969), nominados e innominados (artículo 970) y los celebrados a título oneroso y a título gratuito (artículo 967) mientras que los primeros pueden subdividirse en conmutativos o aleatorios (artículo 968).

cuando las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra. Cabe aclarar que cada "parte" puede estar constituida por más de una persona (tal el caso de la voluntad de una persona jurídica a partir de la decisión que emana de un órgano colegiado); de ahí que no es lo mismo pluralidad de partes que pluralidad de personas o partícipes.

Y como la propia definición de contrato admite que éste puede tener dos "*o más partes*", el artículo 966 del Código Civil y Comercial agrega que "Las normas de los contratos bilaterales se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales" los que, en consecuencia, serían los que nacen de la concurrencia de la voluntad de más de dos partes. La conclusión se refuerza en el artículo 977 del mismo Código (titulado "Contrato plurilateral") que se refiere a los plurilaterales como los contratos celebrados "por varias partes", sin especificar quien (ni cómo) queda obligado hacia quien.

A pesar de la remisión del artículo 966 a las normas de los contratos bilaterales, el Código Civil y Comercial incluye una regulación particular para los contratos plurilaterales en cuanto al consentimiento, cuyo proceso de formación suele ser más complejo. Afirma el referido artículo 977 que si la oferta emana de distintas "personas" (debió decir partes) o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, salvo "que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido".

Afirma Gustavo Caramelo que, además de los tipos societarios, constituyen también contratos plurilaterales "el consorcio de propiedad horizontal" (aunque debió referirse al reglamento de propiedad horizontal pues el consorcio es una persona jurídica), "los contratos asociativos" previstos en el Libro Tercero, Título IV, Capítulo 16 del Código Civil y Comercial (que incluyen a las agrupaciones de colaboración, la unión transitoria y el consorcio de cooperación), el "contrato de juego" (artículo 1609 del Código Civil y Comercial) y "el de transacción" (artículo 1641 del Código Civil y Comercial)[54]. Tales ejemplos parecen olvidar que los contratos nombrados también pueden formarse sólo con dos partes (y en el caso de la sociedad incluso con una sola

[54] CARAMELO, GUSTAVO, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera –directores--, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 351. Si bien el autor no aporta una caracterización de los contratos plurilaterales, los ejemplos que brinda permiten agregar como tales también a los contratos entre dos partes que dan origen a otras personas jurídicas privadas, tales como las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las mutuales, las cooperativas y en algunos casos las fundaciones.

a partir de la ley 26.994) en cuyo caso serían bilaterales, de acuerdo al Código Civil y Comercial.

Esta confusión puede obedecer a que la pauta usada por el Código Civil y Comercial para identificar al contrato plurilateral —la existencia de más de dos partes— y diferenciarlo del contrato bilateral —que sólo cuenta con dos partes— no coincide con la visión clásica que pregona que la bilateralidad se determina por el hecho de que las partes contratantes, que pueden estar compuestas de varias personas, se obliguen recíprocamente cualquiera sea su número, mientras que los contratos plurilaterales se caracterizan por la búsqueda de un fin o empresa común y por lo tanto las obligaciones o prestaciones de las partes no son recíprocas, no importa el número de partes que pueden ser inclusive sólo dos[55]. En nuestro derecho esta concepción es sostenida en la ley 19.550 de Sociedades Comerciales (hoy Ley General de Sociedades a partir de la ley 26.994) y subsiste hasta la actualidad no obstante sus múltiples reformas[56].

III.2.2.2 Distinción entre los contratos de cambio y los de organización

Los contratos en los que intervienen dos partes (bilaterales) o más (plurilaterales) se diferencian entre los que se denominan *de cambio* o de intercambio y *de organización* u organizativos[57], subcategorías que comparten elementos comunes como el deber de colaboración, el obrar con buena fe y en ciertos casos la estabilidad en el tiempo (aunque son los contratos organizativos los que mayormente presentan esta última característica).

a) En los contratos de cambio, los más difundidos en el ordenamiento, las partes se enfrentan con intereses y finalidades contrapuestas (aunque esto no

---

[55] A modo de ejemplo de esta idea, los contratos plurilaterales han sido definidos por Francesco Messineo como "aquellos contratos en los cuales las partes sean más de dos y las prestaciones de cada una de ellas tengan la misma e idéntica naturaleza jurídica y estén dirigidas a la obtención de una finalidad común" (MESSINEO, FRANCESCO, *Il contratto in genere,* 2da. edición, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1973, t.1, p. 591).

[56] En la Exposición de Motivos de la ley 19.550 se expresa, en relación al concepto de plurilateralidad del contrato constitutivo de una sociedad, que "La circunstancia de que los socios puedan ser sólo dos, no disminuye la caracterización indicada" y la conclusión se refleja en el artículo 1 de la ley.

[57] Si bien es cierto que la organización también puede provenir de la ley (tal el caso de una fundación), generalmente tendrá existencia legal a partir de la celebración de un contrato.

implique litigio o confrontación) y se obligan a cumplir prestaciones recíprocas y generalmente equivalentes, una a cambio de la otra, en un tiempo determinado. Asumiendo que el contrato de cambio se crea generalmente a partir de una relación bilateral, la definición del artículo 966 del Código Civil y Comercial de los contratos bilaterales como aquellos en los que "*las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra*", convierten a este tipo de vínculos en ejemplos de contratos de cambio, aunque la existencia de sólo dos partes no es un elemento indispensable para su configuración ya que también es posible la existencia de prestaciones recíprocas en un modelo con más de dos partes, tales los casos del leasing financiero o el crédito documentado[58].

b) Los denominados contratos de organización —cuyos modelos más representativos vienen dados por los contratos plurilaterales (aunque también pueden tener dos partes) y por eso suelen ser colectivos desde su origen—, son aquellos en los que las partes, en igualdad de jerarquía y mediante una actividad coordinada de colaboración, persiguen una finalidad común (es decir que no existe la reciprocidad de obligaciones propia de los contratos de cambio) de modo que no se encuentran enfrentadas entre sí, sino ante los terceros, y como consecuencia del contrato adquieren derechos y obligaciones de naturaleza paritaria (aunque pueden tener valores muy distintos atento que no se requiere la equivalencia)[59].

Estos contratos de organización crean un ente duradero en el tiempo que asume la gestión de un patrimonio para satisfacer la finalidad común e imponen a esa nueva estructura que las partes dan nacimiento (e integran) una autonomía patrimonial —a partir de la atribución de bienes que le permiten cumplir sus fines—, se trate o no de un nuevo sujeto de derecho. De ahí que se distinguen entre aquellos que no dan lugar a una persona jurídica como ente distinto de las partes y aquellos que de los que surge un ente con personalidad propia.

---

[58] Ejemplos extraídos de ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 120. Asumimos como propia esta idea, la cual contradice a la Exposición de Motivos de la ley 19.550 donde se sostiene que "en los contratos de cambio se excluye, por naturaleza, la pluralidad de partes".

[59] Explica Carlos Gilberto Villegas que mientras en el sinalagma clásico un contrato asume una obligación para que el otro asuma otra de distinta naturaleza, aunque económicamente equivalente, estableciendo entre las partes una relación de recíproca dependencia, "en este contrato el sinalagma no impide que estando una parte frente a las demás partes, puedan, a su vez, estar juntas, unidas, persiguiendo un fin común" (VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *Sociedades Comerciales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, t.1,p.70).

Entre los primeros se cuentan los contratos denominados en general como de colaboración o cooperación empresaria, tales como la unión transitoria de empresa o la agrupación de colaboración empresaria. En todos ellos, el cumplimiento de la finalidad común requiere la colaboración de las partes, las que a través de un actuar independiente impulsan y favorecen el progreso recíproco de sus actos económicos[60]. Al regular los contratos en particular, el Código Civil y Comercial —que no menciona los contratos organizativos cuando se dedica a las clasificaciones de los contratos en general— trata en forma separada esta subespecie que no da lugar a la creación de una persona jurídica, mediante la regulación del contrato que denomina asociativo (a partir del artículo 1442).

Y dan lugar a una persona jurídica (privada) los contratos de organización por los que se crea una sociedad, una asociación civil, una simple asociación, una cooperativa, una mutual, un consorcio e incluso una fundación que no siempre tiene origen en un acuerdo de partes. La importancia de una correcta elección de la figura contractual (sumado a una redacción clara del instrumento) repercute en la posibilidad o no de que trascienda la responsabilidad del nuevo ente hacia las partes, administradores o miembros, según el modelo de colaboración. De esta elección también dependerá la posibilidad o no de repartir el resultado de la colaboración entre las partes del contrato durante su vigencia y el destino de la distribución final de utilidades del nuevo sujeto de derecho, cuyos supuestos de disolución y mecanismos de liquidación suelen ser regulados por la ley.

Como se vio en los ejemplos, nuestro régimen jurídico pone a disposición de las partes una amplia gama de posibilidades a la hora de elegir un modelo de contrato de organización, pero no lo ha legislado como un tipo contractual genérico. Es decir que si las partes deciden concluir un contrato de esta naturaleza, deberán optar entre un tipo contractual concreto que genere una estructura que tenga recepción legal expresa (es decir que esté tipificada en la ley) a la cual se le pueda atribuir autonomía patrimonial y en algunos casos personalidad jurídica.

Si bien se adelantó que el ejemplo característico de un contrato de organización remite a un contrato con más de dos partes, esta pluralidad es sólo una posibilidad (que se cumple con frecuencia) pero no es un elemento esencial para su nacimiento o

---

[60] No incluimos a los contratos de franquicia, concesión, distribución, agencia o fideicomiso (en algunas de sus finalidades) pues si bien en su ejecución es marcado el rasgo de colaboración empresaria —característica propia de los contratos de organización— la existencia de partes cuyo interés se centra en las prestaciones recíprocas constituye una particularidad característica de los contratos de cambio.

existencia, pues puede ser celebrado por dos partes o, en ciertas circunstancias, puede conservar su vigencia aún cuando sus partes se reducen a una.

No sería criticable la elección del legislador del Código Civil y Comercial en cuanto a regular en forma supletoria de los bilaterales el resto de los aspectos de los contratos plurilaterales, si la única particularidad de éstos fuera la intervención de más de dos partes, pues no habrá otra diferencia de régimen que no sea la relativa a la formación del consentimiento. Sin embargo, la única referencia normativa en el Código Civil y Comercial que expresa la distinta estructura de ambos modelos de contratos no resuelve si la ineficacia del vínculo de una o más partes provoca o no la extinción del contrato plurilateral, salvo que tales vínculos sean esenciales para la existencia de la relación. La respuesta que se inclina en estos casos por la extinción del contrato, propia de los contratos bilaterales de organización o de cambio, claramente no se puede aplicar a los contratos plurilaterales de organización.

De todos modos, el defecto de regulación sólo es aparente porque la cuestión ya había sido solucionada para las sociedades —a las que la Exposición de Motivos de la ley 19.550 les asigna la naturaleza de contrato plurilateral de organización[61]— y entendemos que la misma respuesta se infiere del texto del Código Civil y Comercial.

Es así que la ley 19.550 había tomado del Código Civil italiano de 1942 —que aborda la doctrina del contrato plurilateral— uno de los principios aplicables exclusivamente a los contratos plurilaterales de organización (no solamente a los de naturaleza comercial) que el Código de Comercio nacional no había previsto para esta clase de contratos, y en la primera parte de su artículo 16 dispone que “La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, excepto que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias o que se trate de un socio único…”.

Por su parte, el Código Civil y Comercial establece que en “todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad”, si las partes son más de dos “la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el

---

[61] Se explica en la Exposición de Motivos de la ley 19.550 que la regulación de la nulidad y de los vicios del consentimiento contenidos en el Código Civil son de difícil aplicación al contrato constitutivo de las sociedades, como consecuencia de la naturaleza de contrato plurilateral de organización que éste reviste, de las características peculiares de los distintos tipos societarios, de las diversas causas de anulabilidad y de la distinta posición en que ellos se encuentran los socios, los acreedores sociales y los que lo son sólo de aquéllos.

de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato" (artículos 1442 y 1443). Y la misma solución debe extenderse a cualquier otro modelo de vínculo plurilateral de organización no mencionado en la enumeración legal pues según el artículo 389 del Código Civil y Comercial (destinado a reglar la ineficacia de cualquier acto jurídico), una disposición nula "no afecta otras disposiciones válidas, si son separables".

III.2.2.3 Ubicación del reglamento de propiedad horizontal en las clasificaciones contractuales

Al igual que el contrato que da origen a una sociedad (cuya finalidad directa es el lucro) o a una asociación (donde la finalidad directa es satisfacer un interés que no sea contrario al interés general o al bien común), el *reglamento de propiedad horizontal* se trata de un contrato que, se concluya o no por adhesión[62], puede ser celebrado por dos partes (bilateral) o por más partes (plurilateral)[63] que adquieren derechos y obligaciones[64]. Y es un contrato de organización[65], porque su objeto principal no es el

---

[62] Si el reglamento se concluye por adhesión, las cuestiones derivadas de su texto quedan excluidas del contrato de arbitraje, por la expresa disposición legal contenida en el artículo 1651 del Código Civil y Comercial, cuyo inciso "d" menciona a "los contratos por adhesión, cualquiera sea el objeto" como una de las materias en las que las partes no pueden someter la controversia a la decisión de uno o más árbitros.

[63] La plurilateralidad de las partes del reglamento determina que no le sea de aplicación el artículo 1031 del Código Civil y Comercial, propio de los contratos bilaterales de cumplimiento simultáneo, según el cual una de las partes "puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir"; de tal modo, el incumplimiento de un propietario no sirve de excusa a los otros para incurrir en igual incumplimiento. Explicaba Fernando J. López de Zavalia que no resultaba extraño a los actos plurilaterales el verbo "acordar" que utilizaba el artículo 9 de la ley 13.512 para referirse a la obligación de los propietarios de redactar el reglamento, ya que la palabra "acuerdo" designa el encuentro de voluntades, sin importar si se suman, se funden o se cruzan, y por lo tanto es indiferente que se produzca en un acto de dos o más partes (LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los contratos – Parte Especial*, Buenos Aires, Zavalia, 1997, t. 1, p.30).

[64] Al respecto, se dijo que el reglamento constituye un contrato formal, multilateral, conmutativo, en el cual impera soberanamente la voluntad de las partes, en la medida en que los derechos que se obliguen a respetar recíprocamente y las obligaciones que se impongan no sean incompatibles con el régimen especial al que se someten las partes (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6ª Nominación de Córdoba, 07/04/1998, Callegher, Jorge A. y otros, La Ley 1998-E, 784, La Ley Córdoba 1998, 853, La Ley Online AR/JUR/4074/1998).

[65] El término "organización" es utilizado por Claudio Kiper para el reglamento de propiedad horizontal (KIPER, CLAUDIO, *Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, *op. cit.*, p. 650). Con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial que regula los contratos asociativos, la doctrina hablaba de contrato plurilateral de asociación o asociativo (entre otros, ABELLA, ADRIANA N., "Propiedad Horizontal. Modificación de reglamento de copropiedad y administración. Obra nueva. Cambio de destino" en Adriana Abella —directora—, *Estudios de Derecho Inmobiliario*, Buenos Aires, Zavalia, 2012, p. 201 y en *Revista del Notariado,* nro. 907, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, p. 137, La Ley Online AR/DOC/3128/2013; HIGHTON, *op.cit.*, p.172 quien aclara que la expresión es

intercambio de prestaciones, sino la conformación de una comunidad de intereses (que se multiplican cuantitativamente según el número de contratantes pero cualitativamente son idénticos y comunes a los de las otras partes) que se concreta en la creación de una persona jurídica privada distinta de sus miembros, a la cual le asigna una autonomía patrimonial para cumplir con la finalidad común.

La naturaleza del reglamento no cambia aunque —en los casos que se requiera una voluntad plural para afectar el inmueble al régimen de propiedad horizontal— al momento de su redacción puedan a veces existir intereses contrapuestos (por ejemplo en lo que hace al destino o al uso de las partes comunes), pues lo que importa es que, salvo estas excepciones, la conformación de la comunidad de intereses que persigue un fin común no admite voluntades enfrentadas que se nutran de un intercambio prestacional.

Existan o no intereses contrapuestos, la predisposición de las cláusulas del reglamento en cualquier caso puede dar lugar al abuso y su modificación excede el ámbito de la voluntad individual de las partes.

III.2.3 La naturaleza contractual del reglamento aún frente a su redacción unilateral

Hoy es generalizada la opinión doctrinaria —de la que abreva la jurisprudencia[66]— que afirma la naturaleza contractual del reglamento de propiedad horizontal[67], la cual se extiende al reglamento interno cuya creación es facultativa por

---

intercambiable con la de contrato plurilateral de organización por el cual cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto a todas las demás).

[66] Ver el fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en el que se concluye que el Reglamento es un contrato que surte los efectos obligacionales propios de todo contrato, siendo de cumplimiento inexcusable para los copropietarios firmantes ("Consorcio de Propietarios Parque Aranda c/ Lentino, José s/ Sumario", 29/04/2009, Base Juba B25744, que reitera lo resuelto en "Consorcio de Copropietarios Edificio Olague VIII c/ Nuin, Mario s/Infracción a la ley 13.512", 06/06/2001); en el mismo sentido ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6ª Nominación de Córdoba, 07/04/1998, "Callegher, Jorge A. y otros", *cit.*; Cámara Nacional Civil, Sala M, "Consorcio de Propietarios Avenida Quintana 560/564 c/ Artigas, Enrique J.", 09/11/2006, Doctrina Judicial 2007-I, 407; Cámara Nacional Civil Sala D, "Bellaggio, Alberto L. y otros c/ Consorcio de Propietarios Hipólito Yrigoyen 2283/87", 08/05/2007, La Ley Online AR/JUR/2130/2007; Cámara Nacional Civil, Sala G, "Cilmapel S.A. c/ Rimoldi, Silvia Haydee", 18/09/2007, La Ley Online AR/JUR/6841/2007; Cámara Nacional Civil, Sala F, "Debernardi, María Inés y otro c/ Consorcio de Propietarios Riobamba 178", 17/09/2008, La Ley Online AR/JUR/10541/2008, entre muchos otros.

[67] Entre muchos otros, KIPER, CLAUDIO MARCELO, *Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994, op. cit.* p. 649; CORNEJO, AMÉRICO ATILIO, "El

parte de los propietarios, a diferencia del reglamento que es de nacimiento imprescindible para someter al inmueble al régimen de la propiedad horizontal. Explican Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini que por tratarse el reglamento de un contrato —afirmación que lleva ínsita su opinión al respecto—, las acciones que persigan su cumplimiento o frente a su violación "*son por regla prescriptibles*", pues se aplica el plazo genérico de cinco años (artículo 2560 del Código Civil y Comercial) y el de tres años cuando exista reclamo de indemnización de daños originados en la responsabilidad civil (artículo 2561 del Código Civil y Comercial)[68].

La propia ley 13.512 se encargaba de atribuirle el carácter contractual cuando en su artículo 9 utilizaba el vocablo "*acordar*" —compatible con los términos del artículo 1137 del Código Civil por el que se definía al contrato— al momento de reglar la obligación de los propietarios de redactar el reglamento para que pueda constituirse el consorcio[69]. La referencia ha desaparecido en el Código Civil y Comercial, el cual sólo contempla el supuesto de formulación unilateral en el que la redacción y el

---

reglamento de propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial", diario La Ley del 26 de junio de 2015, La Ley 2015-C, 1221, La Ley Online AR/DOC/2000/2015; AREAN, BEATRIZ A., *Curso de Derechos Reales*, 2da. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, año 1986, p.588; MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Derechos Reales,* 7ma. edición actualizada, Buenos Aires, Zavalia, 2004, t. 2, p.261; HIGHTON, *op.cit.*, p.172; LAJE, EDUARDO J., *La Propiedad Horizontal en la Legislación Argentina*, 2da. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1957, números. 213 y siguientes; RACCIATTI, HERNÁN, *Propiedad por Pisos…*, *op. cit.*, números 64 y 64 bis, pp. 161 y 162; NEGRI, JOSÉ A., *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal*, 2da. edición corregida y aumentada, Buenos Aires, Ediciones Arayú Librería Editorial Depalma, 1953, p.138; BENDERSKY, MARIO J., *Nulidad de Asambleas en el Régimen de Propiedad Horizontal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, núm. 22; PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, *op.cit.*, p. 452. En una solitaria posición, Edgar R. Morales sostiene la naturaleza jurídica contractual "en el" reglamento y no "del" reglamento, pues afirma que no todas las cláusulas tienen naturaleza contractual, ya que algunas son de cumplimiento necesario para quien pretenda incorporar un inmueble al régimen de propiedad horizontal, a las que denomina "constitutivas". De ahí que se refiere al reglamento como una "forma instrumental" que contiene cláusulas que son condiciones de existencia pues deben ser incluidas para cumplir con los requisitos que la ley exige para la afectación y de las cuales no se sigue la presencia de "una especie de pacto social de naturaleza absolutamente contractual, ya que básicamente se trata de la voluntad del propietario de incorporar el inmueble al régimen de la propiedad horizontal" (MORALES, EDGAR R., "Propiedad Horizontal. Naturaleza Jurídica Contractual en el Reglamento de Copropiedad. Destino de la unidad y el *pacta sunt servanda*", en *Revista del Notariado,* nro. 845, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996, pp. 465 y ss., comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala K, "Consorcio Av. Libertador Gral. San Martín 102/118 c/ Rodríguez Berón de Araujo, Mabel Cecilia s/sumarísimo", 17/10/1994.

[68] ALTERINI, JORGE. H y ALTERINI, IGNACIO E., su opinión en el comentario al artículo 2038 del Código Civil y Comercial, elaborado por Nelson G.A. Cossari, .en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini (director general), Ignacio E. Alterini (coordinador), Nelson G.A. Cossari (director del tomo), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t. 9, p. 732.

[69] Este argumento que ayudaba a inclinar al intérprete por la tesis contractualista fue puesto de manifiesto por varios autores, entre ellos: PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, *op.cit.*, p. 452, MARIANI DE VIDAL, *op.cit.,* p.261.

otorgamiento del reglamento son llevados a cabo por una o varias personas físicas o jurídicas, para luego enajenar a terceros algunas o todas las unidades que componen el edificio (hipótesis que en el régimen anterior preveía el artículo 1 del derogado decreto 18734/49).

Sin embargo, el cambio no hace resentir la conclusión de fondo porque en estos casos habrá una oferta de contrato[70] cuya aceptación formulará el adquirente del derecho real de propiedad horizontal en el acto de adquisición de la unidad (artículos 971 y siguientes del Código Civil y Comercial), ya sea al propietario que divide el inmueble general y redacta el reglamento, como al anterior titular del derecho real de propiedad horizontal de quien el adquirente se convierte en sucesor particular[71].

La doctrina y los tribunales entienden que en el supuesto de reglamento dictado unilateralmente por el propietario que afecta su inmueble al régimen de la propiedad horizontal configura un contrato de adhesión[72] o por adhesión[73] en el cual uno de los

---

[70] Cuando lo redacta el dueño único de todo el inmueble antes de su enajenación, afirman Manuel A. Laquis y Arnoldo Siperman que "nada de ello obsta para definir al reglamento como un auténtico contrato" pues "no implica sino la formulación de una oferta de contrato dirigida a todos los eventuales adquirentes, la que solamente admite su integral aceptación adquiriendo alguna unidad o su repulsa absteniéndose de adquirirla y de ingresar en el consorcio" (LAQUIS, MANUEL A. – SIPERMAN, ARNOLDO, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, pp. 42 y 43).

[71] En una solitaria posición, considera Nicolás Soligo Schuler que la naturaleza jurídica del reglamento consiste en un acto jurídico unilateral —es decir en el que basta para formarlo la voluntad de una sola parte— tanto cuando es otorgado por el titular de dominio único (en cuyo caso coincide con la mayoría doctrinaria que atribuye al reglamento la naturaleza de una oferta contractual) como si es otorgado por los condóminos del inmueble, pues opina el autor que esta situación "sólo exterioriza el acuerdo sobre un acto jurídico unilateral"; en ambos casos recién la adquisición de una unidad conlleva la aceptación de dicho acto jurídico unilateral de oferta y el nacimiento del contrato que se integra al título (SOLIGO SCHULER, NICOLÁS, "Naturaleza Jurídica del Reglamento de Copropiedad y Administración", *Revista del Notariado,* nro. 895, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 75). Cuando es otorgado por los condóminos del inmueble, el autor afirma que, a pesar de la pluralidad de sujetos, el reglamento "no es un contrato en razón de que no se observan al momento del otorgamiento centros de interés diferenciados ni entrecruzamiento de voluntades". No coincidimos con tal afirmación; si bien es cierto que muchas de las cláusulas no enfrentan a los otorgantes, otras (como la fijación del porcentaje de contribución, el destino de las unidades o la reserva de facultades a favor de los titulares de alguna de las unidades) dan lugar a la aparición de intereses encontrados que requieren el acuerdo que configura el contrato.

[72] A modo de ejemplos ver BENDERSKY, Mario J., "El reglamento de copropiedad redactado por el ´propietario-vendedor´", La Ley 91-227, La Ley Online AR/DOC/452/2012; Cámara Nacional Civil, Sala H, "Consorcio de propietarios Capitán Gral. Ramón Freire 2691/93 c/ Investors SA" 28/05/1996, La Ley, 1997-D, 864 (ver el voto del juez Claudio M. Kiper); Cámara Nacional Civil, Sala F, "Consorcio Blanco Encalada 4692/98 c/ Martín, Susana", 08/10/1998, La Ley Online AR/JUR/4526/1998; Cámara Nacional Civil, Sala C, "Consorcio Defensa 649/673 c/ Propietario de la U.F. nro. 1 de Defensa 649", 30/11/2000, Jurisprudencia Argentina 2001-II, 689.

[73] En este caso en que la redacción de las cláusulas es estructurada por una sola de las partes mientras que las otras se limitan a aceptarlas, opina Ethel Humphreys que el reglamento es un contrato "por adhesión" y no "de adhesión", pues para caracterizarlo de este segundo modo,

contratantes adhiere a cláusulas generales[74] predispuestas unilateralmente[75] —que hoy encuentra una regulación específica en los artículos 984 a 989 del Código Civil y Comercial— por otra de las partes o por un tercero, sin que el aceptante haya participado en su redacción (artículo 984 del Código Civil y Comercial titulado "Definición")[76].

---

debería tratarse de un contrato con cláusulas predispuestas en el que las partes no pueden modificar ninguna de ellas; en cambio, en el contrato "por adhesión", los adherentes tienen la facultad de introducirle modificaciones, lo cual en el caso del reglamento se cumple a través del mecanismo asambleario pactado (HUMPHREYS, ETHEL, "Las implicancias de la incorporación de un reglamento interno en el reglamento de copropiedad y administración", La Ley 2003-E, 1, La Ley Online AR/DOC/10263/2003, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H, "Salas Martínez, Patricia E. c/ Consorcio de copropietarios Parera 90/92 y otros", 14/02/2003). También Luis F. P. Leiva Fernández habla en este caso del reglamento como "contrato por adhesión", aunque sin fundamentos propios y sólo por seguir la terminología utilizada por Fernando J. López de Zavalía en *Teoría de los Contratos – Parte General*, Victor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, p. 76, ap. 6 y por Jorge Mosset Iturraspe en *Teoría General del Contrato*, Orbir, Rosario, 1970, p. 154, a quienes cita de ese modo (LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P., "Naturaleza jurídica del proyecto de reglamento de copropiedad en la ley de prehorizontalidad", La Ley 1984-B, 716, La Ley Online AR/DOC/22415/2001). La terminología de "contrato por adhesión" fue la adoptada por el Código Civil y Comercial para reflejar que no se trata de un tipo contractual sino de una categoría contractual en la que la adhesión es el modo de lograr el consentimiento.

[74] Aunque la expresión "condiciones generales" es utilizada con frecuencia tanto en la legislación extranjera como en la doctrina y en la jurisprudencia, explican los autores del Código Civil y Comercial en los Fundamentos del Anteproyecto, que es preferible utilizar el giro "cláusulas generales" pues la palabra "condición" tiene un sentido específico en nuestro derecho que no se compadece con el supuesto en estudio. Adherimos a esta idea, por lo que utilizaremos la expresión "cláusulas generales" a lo largo del trabajo. Por otra parte, también se explica en los Fundamentos que las cláusulas denominadas "generales" son redactadas para una generalidad de sujetos en forma previa, y no modificables mediante la negociación individual, mientras que en las particulares no hay adhesión sino negociación y consentimiento y pueden ser modificadas por una negociación individual. Es decir que al tildar de "generales" a las cláusulas predispuestas por algunas de las partes, el Código Civil y Comercial describe a cualquier cláusula no negociada individualmente respecto de la cual, por no hacer referencia a un vínculo individual, su texto podría ser utilizado en otra relación contractual (es decir, goza de alcance general) y puede ser ampliada, limitada, suprimida o interpretada por una cláusula particular (artículos 984 y 986). En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas (artículo 986).

[75] Para Federico M. Alvarez Larrondo contratos de adhesión son "los contratos por escrito, preparados e impresos con anterioridad por el productor en los cuales sólo resta completar los espacios referidos a la identificación del comprador del bien o servicio objeto del contrato" mientras que son contratos sometidos a condiciones generales de los negocios, "aquellos vínculos, escritos o no escritos, en los que el comprador acepta, tácita o expresamente, qué cláusulas preelaboradas unilateral y uniformemente por el productor para un número indeterminado de relaciones contractuales vengan a disciplinar a su contrato específico". Y concluye, por lo expuesto, que "Las expresiones 'condiciones generales de los contratos' y contratos de adhesión no son, por lo tanto, sinónimos" (ÁLVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., "La buena fe en la ley 24.240", diario La Ley del 9 de junio de 2009, p. 4, La Ley 2009-C, 1271).

[76] Aunque opina Carolina Paola Rodríguez Alfaro que al hablar sólo de "*uno de los contratantes*", la definición que el artículo 984 del Código Civil y Comercial brinda de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas no incluye el supuesto en el cual ambas partes son adherentes respecto de las cláusulas redactadas por un tercero no

Dicha aceptación no requiere ser expresa, pues el propio legislador la presume al concluir que el reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional, tal como lo indica el artículo 2038 del Código Civil y Comercial (tema sobre el que nos detendremos más adelante). Y atento que esta norma no hace distinciones en cuanto a los modos de adquisición, la ley también presume que el nuevo titular del derecho real de propiedad horizontal acepta e incorpora el reglamento aunque haya obtenido su título por vía de la prescripción adquisitiva. En este caso la aceptación presumida de las cláusulas del reglamento es incluso indirecta, pues se produce a partir de la aceptación del título suficiente el cual, por tratarse en cualquier caso de un acto jurídico (artículo 1892 del Código Civil y Comercial), necesariamente es voluntario (artículo 259 del Código Civil y Comercial).

Mediante el acto de aceptación (expresa o presumida por la ley), el adquirente por cualquier título del derecho real de propiedad horizontal se incorpora al consorcio y queda obligado a cumplir con el reglamento como si hubiera participado en su redacción originaria, o en los términos de su redacción actual, si hubiera sido reformado válidamente. Es decir que desde entonces el reglamento se vuelve de observancia obligatoria para los sucesores a título universal o particular[77]. No es óbice para tal conclusión que el ingreso o egreso de cada propietario se produzca sin consentimiento de los restantes por el solo hecho de desprenderse o adquirir una unidad[78] pues, al decir de Elena Highton, esto "*puede ocurrir en algunas sociedades y la sociedad es un contrato según la ley nacional*"[79].

IV – LA ADQUISICIÓN DE UNA UNIDAD FUNCIONAL PROYECTADA O EN CONSTRUCCIÓN Y LA ADHESIÓN AL REGLAMENTO POR PARTE DE QUIEN ADQUIERE

---

contratante (RODRIGUEZ ALFARO, CAROLINA PAOLA, "La regulación de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Código Civil y Comercial", Diario DPI Consumidores y Usuarios Nro.102, 13/12/2016).

[77] Con anterioridad a que la ley consagrara la integración del reglamento al título de adquisición, se había sostenido como fundamento de la obligatoriedad que al enajenar el propietario de cualquier forma su propiedad, "además cede su posición contractual en el reglamento" (COSSARI, NELSON G.A. y LUVERÁ, MIGUEL A., "Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario", *Revista del Notariado,* nro. 880, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p. 64).

[78] Este argumento ha sido utilizado también por Guillermo Borda (*Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales…, op. cit.*, t.1, p. 616) y es el que enarbola Luis Daniel Crovi para descartar la naturaleza contractual de los estatutos de las asociaciones (CROVI, LUIS DANIEL, *Régimen legal de las asociaciones civile*s, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 49)

[79] HIGHTON, *op.cit.*, p.172

IV.1 La ausencia de legislación que regule la comercialización de unidades en propiedad horizontal

No había discrepancias doctrinarias acerca de que la derogada ley nacional 13.512 de Propiedad Horizontal regulaba específicamente el estado del inmueble ya construido que se afectaba a la división bajo ese régimen, y dejaba sin tratar la etapa anterior a la construcción del edificio[80]. La ley no había previsto ningún aspecto de la compleja problemática de las unidades proyectadas o en construcción, sino sólo de las terminadas, y ello obedecía a que intentó regular un derecho real, al cual la cosa que le sirve de objeto debe tener una existencia actual y no debe tratarse sólo de una promesa de una cosa indeterminada.

A pesar de no contener la ley 13.512 el régimen de las unidades a construir o en construcción, el legislador no podía esconder que la comercialización de aquellas ya estaba impuesta en el mercado inmobiliario y que los incumplimientos de los constructores daban lugar a conflictos de trascendencia social, motivos que debieron haber generado que incluyera el supuesto en la reglamentación de la ley de fondo a los fines de dotar de legalidad a la situación fáctica.

El artículo 1 del decreto 18734/49 (reglamentario de la ley 13.512[81]) —hoy sin vigencia a partir de la derogación de la ley que reglamentaba— había introducido un atisbo de regulación de las unidades proyectadas a partir de la facultad de redactar e inscribir el entonces llamado reglamento de copropiedad y administración, que se otorgaba a toda persona física o ideal que se disponía a dividir horizontalmente un edificio incluso "*a construir*", en este caso con la individualización de las unidades proyectadas. Es decir que brindaba la opción de que el instrumento refleje un edificio ya existente o bien uno en el que no se había iniciado su construcción o si estaba parcialmente finalizada, pero no decía nada más[82].

---

[80] Con la única excepción de Hernán Racciatti quien parecía admitir que la ley 13.512 comprendía en su texto a las unidades en construcción RACCIATTI, *Propiedad por Pisos…, op.cit.,* p. 54.

[81] Artículo 1º Decreto 18734/49, reglamentario de la ley 13.512: "Sin perjuicio de la obligación de redactar e inscribir un reglamento de copropiedad y administración, impuesta al consorcio de propietarios por el artículo 9 de la Ley 13.512, dicho reglamento podrá también ser redactado e inscripto en los registros públicos por toda persona, física o ideal, que se disponga a dividir horizontalmente en propiedad —conforme al régimen de la Ley 13.512— un edificio existente o a construir y que acredite ser titular del dominio del inmueble con respecto al cual solicite la inscripción del referido reglamento".

[82] La sanción de la ley de prehorizontalidad permitió discutir la vigencia del decreto 18734/49 reglamentario de la ley 13.512. Para Roberto Boqué la ley 19.724, de aplicación obligatoria, dejó sin efecto parcialmente el mencionado decreto y las normas provinciales que lo seguían, en lo que se refería a las unidades en construcción o por construirse; aclaraba el autor que no se trataba de una derogación pues no la dejaba sin efecto el mismo órgano que la había

Si bien hemos dicho que la reglamentación pudo haber buscado completar el vacío legal en la materia, este propósito no evitaba su inconstitucionalidad (pues se refería a un supuesto no previsto por la ley objeto de reglamentación) a la que Laureano A. Moreira refería como "ilegalidad"[83]. De todos modos, la derogación de dicha norma a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial determina la aplicación de su artículo 2037, el cual, al decir que las facultades del titular se ejercen sobre partes privativas y comunes "*de un edificio*", deja entrever que la configuración del derecho requiere la existencia de la superficie construida.

Algunos decretos provinciales reglamentarios de la ley nacional 13.512 se refieren expresamente a distintos aspectos de unidades en construcción o a construir, y a pesar de haber regulado aspectos no previstos en la ley objeto de la reglamentación[84], no se conoce que se haya decretado su inconstitucionalidad por un exceso reglamentario ni que hayan existido planteos al respecto. Incluso estos decretos ayudaron a llenar vacíos legales, tal el caso de la inscripción registral de las escrituras de afectación al régimen de la ley 13.512, cuando las unidades no están aún construidas.

Pero si bien hubo intentos a nivel nacional y provincial de regular algunos aspectos del negocio inmobiliario "en pozo" o "desde el pozo", tales como el proyecto

---

dictado sino que ante un conflicto de normas de distinta jerarquía, prevalecía la norma de jerarquía superior y que una interpretación distinta implicaba aceptar que la prehorizontalidad contaba con una doble regulación, lo cual era irrazonable en honor a la seguridad jurídica (BOQUÉ, Roberto, "Comercialización de unidades en construcción o por construir ¿cuál es el régimen jurídico vigente?", La Ley Online, AR/DOC/7240/2010). No adherimos a la idea, no obstante aceptar la desprolijidad de la regulación. El decreto reglamentario 18734/49 sólo incluyó una norma referida —incluso de forma indirecta— a unidades en construcción y es la que otorgaba la posibilidad de redactar e inscribir el reglamento a la persona física o ideal que se disponga a construir un edificio bajo el régimen horizontal (artículo 1). Es decir que reguló la posibilidad de comercializar un edificio a construir desde la óptica del dueño del inmueble general (no del adquirente), a través de un solo artículo que refiere a la afectación del edificio no finalizado, pero que no se detiene en ningún aspecto vinculado a la comercialización de las unidades a construir o en construcción, tal la finalidad principal de la ley 19.724. No existe entonces la doble regulación contradictoria que genere la inseguridad jurídica temida por el autor.

[83] MOREIRA, LAUREANO A., *Contratos sobre departamentos en construcción*, Buenos Aires, Ábaco, 1988, t. 2, p. 333.

[84] A modo de ejemplos citamos los arts. 113 y 114 del decreto 466/99, del 5 de mayo de 1999, que ordena el texto del decreto 2080/80 reglamentario de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal, y los artículos 1, 6, 7 y 8 del decreto bonaerense 2489/63 del 13 de marzo de 1963 que regula la inscripción de títulos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales, comprendidos en el régimen de la ley 13.512.

de obra, las garantías de las partes que intervienen en el negocio del desarrollo inmobiliario, la comercialización, la financiación o la registración, los resultados legislativos distaron de convertirse en soluciones. Ello así no sólo por la insuficiencia de su contenido, sino porque ni siquiera había acuerdo respecto de cuál era el régimen jurídico aplicable al contrato por el cual los eventuales interesados adquieren unidades en propiedad horizontal proyectadas o en vías de construcción (es decir aún no concluidas)[85]. Recién a partir del Código Civil y Comercial (con vigencia desde el 1 de agosto de 2015), se puso fin al desacuerdo doctrinario por medio del artículo 1225 según el cual cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas "se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios".

En la práctica, incluso desde antes del inicio de la construcción del edificio, el camino que termina en la comercialización de unidades funcionales en propiedad horizontal involucra varios contratos autónomos. Los inversores buscan asegurar el negocio a través de garantías reales y mediante distintas figuras contractuales se vinculan con profesionales que se encargan de llevar adelante el emprendimiento (promotores, desarrollistas, etc.) para la posterior transmisión de las unidades a los adquirentes., quienes eligen entre las opciones que les brinda el mercado, previo acceso o no a un contrato de crédito para obtener financiación, sin mayores posibilidades de modificar las ofertas.

IV.2 La adquisición por boleto de compraventa

[85] Jorge Mosset Iturraspe se inclinaba por considerar como locación de obra al contrato por el cual una parte entrega una suma de dinero en concepto de reserva por la compra de un departamento en un edificio a levantarse. Consideraba que debía darse preponderancia a la construcción frente a la entrega del inmueble, es decir al hacer sobre el dar que se ubica en tiempo futuro y se encuentra sometido a la condición de que llegue a existir; y agregaba en sustento de su idea que al adquirente "*no le es indiferente la marcha de la construcción*" (MOSSET ITURRASPE, JORGE, "¿Contrato de construcción de un departamento, compraventa de inmueble futuro o compraventa del terreno? ¿Unidad o pluralidad de contratos?, Jurisprudencia Argentina 1977-IV, 345, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Zeigner, Lázaro c/ Barsky Isidoro y otro", 28/06/1977) en el cual se consideró al contrato como uno de tipo mixto o complejo resultante de la combinación de elementos de otros contratos regulados por la ley, que configura fundamentalmente una locación de obra, "*toda vez que se da en ella con más intensidad uno de los elementos característicos de esa especie contractual, esto es, el resultado de un trabajo*". Por nuestra parte adheríamos al criterio sustentado por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca que sostenía que "*Sólo el análisis de cada caso en particular permite sostener uno u otro encuadre porque sólo así podrá ponderarse la concurrencia, existencia o inexistencia de interés demostrado por los particulares en la marcha de la obra, su poder de injerencia y la importancia del rol asumido por el constructor, factores todos ellos definitorios de la naturaleza del contrato*" (Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, "Bircher, Mabel D. c/ Dietrich, Roberto A.", 26/04/1979, Repertorio La Ley XXXIX-291, nro. 256, La Ley Online AR/JUR/3511/1979).

La situación puede agravarse para el adquirente porque se ha difundido en la práctica la firma del boleto de compraventa y el pago del precio completo de la unidad funcional cuando no está ni siquiera redactado el reglamento de propiedad horizontal (aún en el caso que el documento de transmisión cumpla con los recaudos de la ley específica, si se trata de una venta de consumo)[86]. Así como la propiedad horizontal resulta a veces de la partición o liquidación de comunidades (por ejemplo cuando los condóminos del terreno construyen el edificio) o de personas jurídicas (sea ya creadas o constituidas al efecto), es frecuente que el dueño del terreno decida comercializar y vender por boleto de compraventa las unidades funcionales en propiedad horizontal para financiar la posterior construcción del edificio[87].

No siempre la compra por boleto es una opción que sólo persigue ahorrar dinero sino que cubre una necesidad legal, pues a veces por variadas razones la escritura sólo puede concretarse luego de cierto lapso, tales los casos en los que existen deudas por tributos o tasas, juicios iniciados contra el vendedor quien necesita reunir dinero para hacerles frente, demoras en los certificados catastrales, problemas en los planos (con las uniones o subdivisiones), necesidad de obtener resoluciones de la Administración Pública o autorizaciones judiciales (cuando intervienen menores de edad), etcétera. E incluso es el propio adquirente quien en estos casos suele instar la

---

[86] Encontramos un ejemplo representativo de este tipo de situaciones cuando el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resolvió imponer una multa a una constructora por la discrepancia entre la información previa y constancias del boleto, respecto de una cochera que se ofrecía como parte de la venta de un departamento en propiedad horizontal, y lo que se hizo constar en definitiva en la escritura. Se ofreció la venta de una cochera, se escrituró el derecho a la guarda de un automóvil en un espacio común y en la práctica, por lo exiguo del espacio, el comprador quedó sin lugar para estacionar. Apelación mediante, el fallo de Cámara confirmó la sanción (Cámara Nacional Federal Contencioso administrativo, Sala II 28/08/2003. "Cavi SA c/ Ciudad de Buenos Aires", con nota de GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L., "Defensa del Consumidor para el comprador de inmuebles", diario La Ley del 7 de junio de 2004).

[87] Si bien en cuanto a la frustración de los derechos de los adquirentes por boleto de unidades en propiedad horizontal y sin siquiera mencionar la problemática del reglamento, ya en el año 1973 Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini razonaban que la omisión del legislador de la ley 13.512 de no regular la comercialización de las unidades y las prácticas negociales para posibilitar el nacimiento del sistema, dieron cabida a alternativas económico-sociales perniciosas, y fueron numerosos los adquirentes que vieron frustrados sus anhelos de alcanzar la vivienda propia, y que resultaron despojados de sus ahorros al no llegar a construirse o terminarse las unidades prometidas. Agregaban los autores que "Algunos de esos compradores, con el pago total del precio, sólo obtuvieron una temporaria posesión, que luego debieron abdicar ante la fantasmal aparición de acreedores, ya hipotecarios, ya simples embargantes o inhibientes". Y concluían afirmando que aún después de la ley de prehorizontalidad 19.724 "el espíritu del pueblo" sigue reclamando al legislador urgente solución para el problema, sobre todo porque las víctimas propiciatorias de la desprotección estatal son personas de escasos recursos y, muchas veces, de limitados conocimientos (GATTI, EDMUNDO y ALTERINI, JORGE H., *Prehorizontalidad y Boleto de compraventa*, Buenos Aires, La Ley, 1973, pp. 10 y 11).

firma del boleto, por más que no sea apto para configurar el título suficiente, a sabiendas que de ese modo otorga un compromiso firme para la concreción del negocio que está interesado en celebrar.

También un tercero (elegido o no por el dueño del terreno), al que llamaremos emprendedor, podría decidir la división horizontal, pero en este caso necesita adquirir el terreno donde construir el edificio.

Si bien este emprendedor que se encargará del desarrollo inmobiliario podría optar por pagar el lote de contado, también el dueño podría cedérselo a cambio de una o varias unidades del edificio[88] —que se construirán y entregarán en un tiempo determinado sobre ese terreno—, o a cambio de un porcentaje de la construcción[89]. Y atento el riesgo de que el edificio no se concluya —o se concluya en forma distinta a lo pactado—, que asume quien ya transfirió al emprendedor el dominio del inmueble a dividir en propiedad horizontal, se incluyen en estos boletos de compraventa distintas previsiones con las que se intenta asegurar el cumplimiento de la obligación de resultado que contrae el emprendedor. Suelen designarse cuáles son las unidades que se van a entregar (con sus particularidades constructivas y/o su valuación en dinero) de acuerdo a un plano de obra que refleja el proyecto y que se agrega a la escritura y se acuerda una indemnización en dinero para el caso en que no se llegaran a construir y entregar las unidades o los metros cuadrados acordados para satisfacer el valor del terreno la cual se garantiza mediante hipoteca, transmisión fiduciaria o la sujeción al régimen de prehorizontalidad del Código Civil y Comercial (que sólo rige para supuestos de transmisión de unidades a construir).

---

[88] Incluso a partir del dictado del Código Civil y Comercial, el dueño del terreno podría cederlo en superficie para que se eleve un edificio sometido al régimen horizontal y reciba en concepto de indemnización una o varias unidades al momento de la extinción del derecho real (artículos 2114, 2120 y 2126).

[89] Cuando se transfiere el terreno por unidades o metros cuadrados a construir se ha pensado en cuanto a su naturaleza, que se trata de un contrato de permuta de cosa presente por cosa futura pues el de permuta "*es el contrato que mejor contempla los intereses en juego, teniendo en cuenta la real intención de las partes al ingresar en el negocio*" (DE HOZ, MARCELO, "Transferencia de inmueble por unidades a construir", en *Revista Notarial* nro. 915, La Plata, 1993, p. 396). Pensamos que esta idea no puede sostenerse en nuestro derecho en el que el artículo 1172 del Código Civil y Comercial —que se expide en términos similares al artículo 1485 del Código Civil— habla de permuta cuando las partes se obligan recíprocamente "a transferirse el dominio de cosas que no son dinero" y en el caso tales condiciones sólo podrían cumplirse una vez que el edificio se termine, pues antes de que ello ocurra una de las partes se obliga a transferir una cosa (el terreno) y la otra a transferir un crédito que recién le permitirá exigir la cosa (las unidades o los metros cuadrados) una vez construido el edificio.

A pesar de que cuando una de las partes se compromete a entregar cosas que hayan de ser manufacturadas o producidas a cambio de un precio, al contrato se le "aplican las reglas de la compraventa" (artículo 1125 del Código Civil y Comercial), el adquirente por boleto de compraventa de una unidad a construir no podría valerse de la protección de los artículos 1170 y 1171 frente a terceros que traben medidas cautelares o cuando el vendedor se concurse o quiebre (aún cumpliendo con todos los recaudos de las normas). Esto así pues la preferencia supone que se haya adquirido por boleto la misma cosa inmueble que otros pretenden subastar o trabar su disposición y en este caso las medidas judiciales afectan el inmueble general, no la unidad, la cual incluso, por no haber sido construida, ni siquiera constituye una cosa en sentido jurídico.

Con el dinero percibido de los adquirentes tiene lugar la construcción del edificio y recién al momento de la escrituración de la primera unidad funcional el propietario podría tener acceso al texto del reglamento que a veces no había sido ni siquiera redactado al momento de la entrega del dinero, o que contiene cláusulas que no le habían sido manifestadas en el boleto de compraventa ni en las negociaciones precontractuales, o que no reflejan lo publicitado y que, de haberlas conocido previamente, hubieran influido en la decisión de contratar o de aceptar el precio. Peor aún, con mayor frecuencia de la esperada, el adquirente de la unidad no conoce ni siquiera las cláusulas bajo las cuales perfeccionará la adquisición porque nunca tuvo acceso al contenido del boleto; al momento de la firma puede encontrarse incluso con un instrumento de una carilla que reenvía al reglamento o a otras cláusulas generales con la aclaración que habían sido puestas a disposición del adherente aunque de hecho no haya sido así.

En el mejor de los casos, aunque aún no pueda otorgarse el reglamento por no haberse registrado el plano de mensura en las dependencias catastrales, el dueño del inmueble a afectar acompañará un proyecto de reglamento de propiedad horizontal en el instante de la firma del boleto (o con posterioridad junto con el acta de entrega de la unidad). De tal modo, quedará obligado a respetar su promesa otorgando el texto definitivo conforme al proyecto. Pero aunque los adquirentes —quienes no firmarán la escritura definitiva por la que se labre el reglamento—, se obligan a aceptarlo y cumplirlo, eso no implica, tal como lo explicaremos en el apartado VIII.1, que estén en condiciones de conocer el alcance de su contenido para poder impugnar las cláusulas contrarias a su interés o, aunque lo conozcan, que frustren el negocio por la existencia de tales cláusulas.

Con este escenario de incertidumbre legal, el adquirente por boleto de compraventa, no tiene otra alternativa que aceptar el reglamento cuyo texto recién conoce —con suerte—al momento de escriturar su unidad a pesar de que un consorcio de hecho le cobra expensas desde que recibió la tradición de la unidad, si ya recibió la posesión. No sólo ya no tiene posibilidad de discusión alguna y debe aceptar su contenido, sino que además ni siquiera cuenta con la opción de adquirir o no la unidad, pues teme perder el dinero entregado; es decir que no goza ni de libertad contractual ni de libertad para contratar, respectivamente.

Más aún, si descubre defectos de construcción con frecuencia será el consorcio quien se hará cargo de la reparación, pues el constructor designa como primer administrador el de su confianza (generalmente para varios emprendimientos) quien no tendrá interés en reclamar los daños a quien lo elige para desempeñar la tarea, y los fondos para hacerles frente serán recaudados por medio de las expensas, aún sin ninguna cláusula en el reglamento o en el contrato de adquisición que así lo indique. Es decir que el propio damnificado ayudará con su contribución a costear las tareas que debería asumir el constructor.

IV.3 La prehorizontalidad

La *prehorizontalidad* hace referencia al momento previo a la constitución de la propiedad horizontal, pero no a un estado jurídico anterior al sometimiento del edificio al régimen horizontal.

De allí que no es el régimen jurídico de un derecho distinto de la propiedad horizontal, sino que las normas que la tratan sólo rigen aspectos vinculados a la protección del adquirente en los contratos celebrados sobre unidades funcionales en el período que corre desde el momento en que se ofrecen en venta unidades ya construidas o recién proyectadas, hasta que finaliza la edificación y se redacta e inscribe el reglamento que provoca la división jurídica del edificio haciendo nacer el estado de propiedad horizontal que luego permite atribuir el derecho real sobre las unidades. El ámbito de actuación de la prehorizontalidad tiene en mira aspectos vinculados a la comercialización de unidades que en su momento quedarán afectadas al régimen de la propiedad horizontal.

IV.3.1 La regulación de la derogada ley 19.724

La ley 19.724[90] de Prehorizontalidad fue dictada con la finalidad de proteger a los adquirentes por boleto de compraventa de unidades en construcción[91]. En la primera parte de su artículo 1 se establecía que quedaba sometido al régimen de prehorizontalidad "todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal". Es decir que si las disposiciones de la ley alcanzaban al propietario "que se proponga" adjudicarlo o enajenarlo, esta expresión ambigua que aludía a términos de futuro subordinaba la aplicación concreta de sus normas a una manifestación de voluntad esencialmente modificable según las circunstancias.

En la mecánica de la ley 19.724, el titular del inmueble que ingresaba en su ámbito de aplicación, debía hacer constar en escritura pública su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por el régimen de propiedad horizontal. Esta escritura de afectación necesariamente debía ser inscripta en el Registro de la Propiedad, que dejaba constancia de ello en las certificaciones que expedía.

Cumplida con la afectación, el propietario debía exteriorizarla —indicando su registración, el número del registro notarial y la fecha en que se efectuó— en un cartel que debía tener permanentemente colocado en la obra en lugar visible, en las ofertas de las unidades a subdividir que hacía a terceros por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, comunicaciones impresas, etcétera, y en los contratos que celebraba para la enajenación o adjudicación de unidades.

La ley también enumeraba una serie de documentos que el titular de dominio del inmueble debía entregar al escribano para labrar la escritura de afectación (copia certificada del título de dominio, planos aprobados de mensura, del proyecto de obra y de subdivisión, proyecto de reglamento), preveía los recaudos de dicha escritura y enumeraba la copiosa documentación que el propietario debía tener a disposición de los adquirentes. Pero además, imponía una serie de prohibiciones en relación a las ofertas, especificaba con minuciosidad los datos que debían contener los contratos de enajenación y adjudicación de unidades y enumeraba las cláusulas de los mismos que debían ser específicamente aceptadas.

---

[90] Publicada en el Boletín Oficial el 13 de julio de 1972.

[91] Se explicaba en la Exposición de Motivos de la ley 19.724 que la experiencia de los últimos años era aleccionadora en cuanto a demostrar la posibilidad que se frustren los derechos en expectativa de los adquirentes en el período de prehorizontalidad y *"ha fundado un justo reclamo de la opinión pública, que este proyecto tiene por objetivo satisfacer".*

Las exigencias de la ley 19.724 para poner en marcha el régimen de prehorizontalidad *a priori* parecían servir de suficiente protección al adquirente respecto del cumplimiento del negocio. Sin embargo, las dificultades para cumplir los requerimientos legales excesivos (planos aprobados de mensura, proyecto de obra y de subdivisión, proyecto de reglamento, afectación al régimen por escritura pública, inscripción registral, publicidad no registral, etc.) y la onerosidad del trámite para poner en práctica el régimen, por sí solas fueron causas suficientes para dejar de lado su aplicación.

También fue objeto de críticas la vaga redacción de algunas de sus normas, como por ejemplo el artículo 12 que establecía los efectos de la falta de registración del contrato de enajenación de unidades. Al respecto y una vez iniciada la operatoria, surgía de la norma que los contratos que se suscribían con los adquirentes debían ser inscriptos en el Registro de la Propiedad, que también el adquirente podía cumplir la registración en cualquier tiempo (si bien la obligación pesaba principalmente sobre el propietario por ser el único que contaba con la documentación al efecto), que la omisión de la registración de los contratos privaba al propietario de sus derechos contra el adquirente pero no a éste contra el enajenante (sin perjuicio de no ser oponibles a terceros), y que la posesión adquirida a partir de un contrato no registrado era inoponible a quien ejercía su derecho a consecuencia de un contrato debidamente registrado.

Sin embargo, la ley no fijaba plazo dentro del cual el propietario debía proceder a la registración del contrato, circunstancia que relativizaba el resguardo de los intereses de los adquirentes, e incluso la obligación sin plazo del propietario hacía necesaria la interpelación de la parte interesada para constituirlo en mora. Las dudas e injusticias que generaba la aplicación de tales soluciones dieron lugar a dos plenarios de la Cámara Nacional Civil[92].

En el primero se resolvió que:

---

[92] Explica Jorge Hugo Lascala que frente al desuetudo de las sanciones penales contempladas en los artículos 32, 33 y 35 aplicables a los incumplidores de las normas imperativas de la ley, las sanciones que subsistieron eran de carácter civil, pero no creadas por la ley sino por decisiones jurisprudenciales. Fundamenta el desuetudo en que la ley 19.724 fue sancionada durante un gobierno de facto y una vez reinstauradas las instituciones republicanas se dictó la ley 20.509 que privó de efecto sancionatorio a las normas penales "que no hubieran ajustado para su dictado el procedimiento dispuesto por la Carta Magna tendiente a su promulgación." (LASCALA, JORGE HUGO, "Regímenes especiales de protección al adquirente en la contratación inmobiliaria (Ley de prehorizontalidad 19.724. Su análisis jurisprudencial)", La Ley 1991-B, 1123, La Ley Online AR/DOC/5208/2001).

…el propietario enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble al régimen de la prehorizontalidad y, en su caso, con la inscripción registral de los contratos que otorgare con relación a las unidades, no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato[93].

El segundo plenario complementó la idea de su antecesor al decir que:

…la posterior inscripción del reglamento de copropiedad y administración en los términos de la ley 13.512 no hace inaplicables los efectos de la falta de afectación del bien al régimen de prehorizontalidad e inscripción de los respectivos boletos en el Registro de la Propiedad que prevé la ley 19.724, salvo que el enajenante ofreciere contemporáneamente la entrega de la posesión y escrituración, estas prestaciones estuvieren expeditas y el comprador no tuviese derecho a resolver el contrato[94].

La variedad de trabas que la ley imponía al dueño del inmueble constituían un aliciente para que el propietario corriera el riesgo del incumplimiento (cuya mayor consecuencia era no poder reclamar el pago o extinguir el contrato), que incluso era potencialmente de menor entidad del riesgo que corría el adquirente (no recibir la unidad que había abonado o comenzado a abonar). Pero además, la ley imponía una serie de prohibiciones en relación a las ofertas, especificaba con minuciosidad los datos que debían contener los contratos de enajenación y adjudicación de unidades, y enumeraba las cláusulas que debían ser específicamente aceptadas.

Es por esto que se conocen pocos casos en los cuales se haya registrado la afectación de la ley 19.724[95] ante la resistencia de los obligados a someterse a sus

---

[93] Cámara Nacional Civil, en pleno, "Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón", 28/02/1979, LA LEY1979-A, 528, El Derecho 82-141.

[94] Cámara Nacional Civil, en pleno, "Alvear 1850 SRL c/ Taub, Luis", 26/03/1985, La Ley, 1985-B, 423, Jurisprudencia Argentina 1985-II, 153 y El Derecho, 113-264.

[95] A modo de ejemplo, en un caso que llegó a la instancia judicial, se decidió que la constitución de derechos reales por parte del propietario sobre un inmueble sometido al régimen de prehorizontalidad resulta ineficaz e inoponible al adquirente de buena fe y que la ley 19.724 persigue la protección del comprador de unidades de vivienda mediante instrumentos privados y garantiza la seguridad de su derecho, no sólo frente al vendedor, sino también contra su concurso o quiebra sobrevinientes (Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala II, "Constructora Berutti S.A. s/quiebra s/incidente de escrituración", 27/09/2005, La Ley Buenos Aires 2006-7, 757). Incluso la constitución al régimen de prehorizontalidad se ha impuesto por vía de medida cautelar al resolverse la procedencia de tener por acreditado el peligro en la demora requerido para el dictado de una medida cautelar de suspensión inmediata de las ventas de las unidades funcionales de un proyecto inmobiliario hasta tanto se acredite el cumplimiento de las prescripciones de la ley 19.724 de prehorizontalidad, en tanto se encuentra probada la ausencia de la previa afectación del inmueble a ese régimen por exclusiva responsabilidad de la demandada, con lo cual resulta que con la mera oferta de venta de una unidad se puede colocar a los potenciales compradores en una situación de riesgo en relación a sus derechos (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil Para su Defensa c/ Beldos S.A.", 31/08/2010, La Ley Online, AR/JUR/81859/2010).

disposiciones, aún después de haberse reafirmado mediante los plenarios citados que sus normas tienen un carácter imperativo y son de orden público.

Es así que las unidades en construcción se siguieron comercializando en el mercado sin previamente haberse sometido el inmueble al régimen de la ley 19.724 y podía considerarse que, a pesar de la falta de derogación formal, el régimen había perdido vigencia frente a la existencia de una costumbre contraria a su aplicación.

IV.3.2 La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial

Al igual que lo hacía la ley 19.724, los artículos 2070, 2071 y 2072 del Código Civil y Comercial rigen aspectos vinculados a la protección del adquirente en los contratos sobre unidades funcionales celebrados durante el período de la prehorizontalidad, es decir con carácter previo al momento en que se accede al estado de propiedad horizontal.

IV.3.2.1 Ámbito de aplicación

El artículo 2070 se hace eco de la antes referida crítica al artículo 1 de la ley 19.724 que sometía al régimen al propietario "que se proponga" adjudicar o enajenar las unidades de un edificio. Y es por eso que, a la hora de delimitar el ámbito de actuación de las normas sobre prehorizontalidad, aclara que son aplicables a los contratos celebrados sobre unidades funcionales antes de la constitución de la propiedad horizontal —es decir, unidades construidas o proyectadas— los que "están incluidos" en las disposiciones del Capítulo 10, Título V, Libro Cuarto. De todos modos, la mención de este artículo 2070 a "los contratos sobre unidades funcionales", sin límite alguno, debe complementarse con el artículo 2071, del cual se desprende que la prehorizontalidad es aplicable sólo a los contratos a título oneroso que impliquen enajenación de las unidades, pero además con las exclusiones previstas en el art. 2072.

IV.3.2.2 El seguro obligatorio

Con la finalidad de velar por los intereses de los adquirentes de unidades para que no puedan ser sorprendidos en su buena fe, el artículo 2071 del Código Civil y Comercial sustituye el engorroso trámite de afectación al régimen de prehorizontalidad que proponía la ley 19.724 por la sencilla obligación, que impone al "titular del dominio del inmueble", de constituir un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el

adquirente no asume en el contrato preliminar. Aunque no hay razones para pensar que la obligación de constituir el seguro no se impone también a los condóminos sobre el inmueble (el artículo 2038 los faculta a dividir jurídicamente el edificio) o al superficiario (legitimado por el 2120 para afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal). La norma no indica la oportunidad en que debe constituirse el seguro ni el plazo que se le concede al efecto al titular de dominio[96] pero la finalidad de su imposición sólo se lograría si fuera anterior o contemporáneo a la firma del contrato por el que se transmite la unidad. Si bien no queda garantizada la entrega de la unidad, se persigue lograr el recupero económico por parte del frustrado adquirente.

El artículo 2071 pretende otorgar al adquirente una protección jurídica razonable contra la insolvencia del vendedor, haya sido provocada o no, y busca impedir las consecuencias negativas de enajenaciones o gravámenes con los que se pretenda desbaratar los derechos del primero[97].

Aunque parece no haber dudas sobre la simplicidad de la nueva protección (a diferencia de la que surgía de la ley 19.724), sólo la efectiva puesta en marcha del sistema permitirá conocer su suerte, la cual dependerá del contenido de las pólizas, de su costo, y de la incidencia de este último en el precio de venta de las unidades.

Hemos dicho que las dificultades y la onerosidad del trámite de la ley 19.724 eran motivos suficientes para dejar de lado su aplicación, y que la reforma también se justificaba por las vacilaciones que generaba la redacción de algunas de las soluciones de aquella ley, tal como la que regulaba los efectos de la falta de registro del contrato de enajenación de unidades (vaguedad que dio lugar a los dos plenarios aclaratorios antes reseñados). Desaparecida esta inscripción, pero con el mismo fin de dejar en claro la protección al adquirente ante la falta de constitución del seguro, dispone el referido artículo 2071 del Código Civil y Comercial que la omisión priva al

---

[96] Explica Milton Hernán Kees que si según el artículo 2071 del Código Civil y Comercial el transmitente no tiene acción contra su adquirente hasta que no haya cumplido íntegramente con sus obligaciones, entre ellas las de aseguramiento, la solución sugiere que podría cumplirlas luego de celebrado el contrato; y concluye que no sería aventurado pensar que quien tenga como prioridad el abaratamiento de los costos constructivos, recién cumpla con esta obligación "cuando necesite tener expeditas las acciones contra su comprador" (KEES, MILTON HERNÁN, "Seguro obligatorio para la venta de unidades afectadas al régimen de Propiedad Horizontal, Diario DPI Diario Civil y Obligaciones Nro. 70, 25 de abril de 2016).

[97] En relación al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 1998, cuyo artículo 2016 coincidía en su texto con el artículo 2071 del Código Civil y Comercial, María T. Acquarone consideraba insuficiente la regulación ya que el sistema de la registración integrativa del derecho con la que el adquirente contaba en la ley 19.724 constituía uno de los parámetros que le brindaba mayor seguridad (ACQUARONE, MARÍA T., *Los emprendimientos inmobiliarios: marco jurídico y normativo. Modelos*, 2da. edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 283).

titular del dominio (y debe agregarse al condómino y al superficiario) de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante. Es decir que cabe asignar al incumplimiento de la obligación por parte del enajenante similares consecuencias a su respecto que la mora en la inejecución de las obligaciones contractuales: si no ha cumplido, y por tanto se encuentra en mora, no puede reclamar a la otra parte el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, la de pagar el precio de la unidad. En consecuencia, tampoco puede accionar por extinción del contrato fundada en el incumplimiento del adquirente.

IV.3.2.3 Exclusiones al régimen de prehorizontalidad

El artículo 2072 enumera una serie de contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal que quedan exceptuados del régimen de la prehorizontalidad, atento que la adquisición aparece suficientemente asegurada.

En el régimen del texto originario de la ley 19.724, quedaba sometido a la prehorizontalidad todo propietario de edificio construido o en construcción o de terreno destinado a construir en él un edificio, que se proponía "adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso" por el régimen de propiedad horizontal (artículo 1). En los casos de adjudicación, no se comprendía cuál era la protección que se perseguía con la afectación exigida por la ley, si sólo los propietarios podían ser los destinatarios finales de aquellas unidades.

A fin de subsanar en parte la deficiencia legal, había sido sancionada la ley 20.276 que no formulaba un criterio genérico sino que enunciaba distintos supuestos de adquisición de unidades funcionales exceptuados de las disposiciones de la ley 19.724. El artículo 2072 del Código sigue las aguas de su antecedente inmediato en cuanto a optar por la enumeración de las excepciones y excluye de la protección los siguientes contratos: a) aquellos en los que la constitución de la propiedad horizontal resulta de la partición o liquidación de comuniones de cosas o bienes, o de la liquidación de personas jurídicas; b) los que versan sobre inmuebles del dominio privado del Estado; c) los concernientes a construcciones realizadas con financiamiento o fideicomiso de organismos oficiales o de entidades financieras especialmente calificadas por el organismo de control, si de sus cláusulas resulta que los contratos definitivos con los adquirentes deben ser celebrados por el ente financiador o fiduciario, a quien los propietarios deben otorgarle poder irrevocable a ese fin.

El art. 2072 enuncia similares exclusiones de su antecedente, pero su texto no sólo subsana defectos de lenguaje, sino que completa y moderniza la formulación de aquellas con la referencia a los institutos que aún no habían sido legislados al momento de dictarse la ley 20.276, tal el caso de las construcciones realizadas con "fideicomiso de organismos oficiales" (inciso "c").

IV.3.2.4 Valoración del nuevo régimen de prehorizontalidad

Hemos dicho que, según la idea volcada en el mensaje de elevación de la ley 19.724, las garantías legisladas del régimen de prehorizontalidad que creaba la norma respondían a la necesidad de tutelar a los adquirentes (que generalmente no persiguen una finalidad comercial) frente al vendedor ante la posibilidad de que se frustren los derechos en expectativa de aquellos. Sin embargo, la ley fracasó en su aplicación por su complejidad y onerosidad, pero para Juan Carlos Rezzonico también por una cuestión de poder, pues el vendedor, usualmente una sociedad con experiencia y poder económico, no acepta someterse a estatutos proteccionistas que restringen sus derechos en los negocios[98].

No sería de extrañar que esta última razón a la que el autor atribuye el fracaso del régimen anterior de prehorizontalidad también obstaculice la puesta en práctica del nuevo mecanismo creado por el Código Civil y Comercial[99].

IV.4 El fideicomiso inmobiliario

La falta de cumplimiento con el régimen de prehorizontalidad de la ley 19.724 y la ausencia de otra regulación legal respecto de la comercialización de las unidades en construcción en la etapa anterior al sometimiento al régimen horizontal dieron lugar a

---

[98] REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 204

[99] De acuerdo a la búsqueda hasta el 30 de septiembre de 2017 en todas las páginas web de la nómina de Compañías Aseguradoras que brinda la Superintendencia de Seguros de la Nación en http://www2.ssn.gob.ar/index.php/datos-generales-ciasaseg, no existía por entonces a disposición del emprendedor la posibilidad de contratar el seguro por prehorizontalidad. Recién con fecha 11 de octubre de 2017 la referida Superintendencia dicta la Resolución 40925-E/2017 mediante la cual aprueba "con carácter general y uniforme las condiciones contractuales de la cobertura global del ´Seguro de Caución para Adquirentes de Unidades Construidas o Proyectadas Bajo el Régimen de Propiedad Horizontal´ que se agregan como ANEXO…". Por el contrario, "el seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica" que el artículo 2067 inciso "h" del Código Civil y Comercial obliga al administrador a contratar, es ofrecido aún desde antes de la vigencia de dicho Código por numerosas aseguradoras nacionales tales como Mapfre Argentina, QBE Seguros La Buenos Aires, Integrity Seguros, Berkley, Cooperación Seguros, Nivel Seguros Argentina, Zurich, Swiss Medical, San Cristóbal Seguros, entre otras.

la creación de diversos mecanismos contractuales mediante los que se han buscado instrumentar estos actos de disposición para proteger al adquirente.

Uno de los modelos más comunes que se utilizan para conferir una estructura jurídica al desarrollo inmobiliario es el contrato de fideicomiso, a punto tal que se ha llegado a decir que "a partir de 2002, luego de la crisis económica y social que sufrió nuestro país, el fideicomiso fue protagonista casi excluyente tanto para el desarrollo de negocios inmobiliarios, como para la creación de fondos de inversión que de manera directa o indirecta contribuyeran a tal fin"[100].

El fideicomiso es un contrato por el cual el fiduciante transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados al fiduciario, para que éste ejerza la propiedad en beneficio del designado en el contrato y luego la transmita al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario al cumplirse el plazo o la condición. La transmisión fiduciaria implica confiar en que el fiduciario cumpla con la encomienda —que cambia de acuerdo a la finalidad del negocio— a la que se sujeta, conforme los términos del contrato en el que se fijan los fines del fideicomiso que sirven como criterio de interpretación para juzgar el correcto ejercicio de la propiedad en beneficio ajeno.

El llamado fideicomiso inmobiliario no es una de las especies del género de los contratos de fideicomiso al que la legislación le haya brindado una regulación individual, sino que es una de las posibles variantes de negocios para los que se utiliza el fideicomiso, antes regulado por el Título I de la ley 24.441[101] y hoy por los artículos 1666 al 1700 del Código Civil y Comercial[102]. Por tal razón, participa de las críticas y ventajas del régimen general.

---

[100] CAMBET, JORGE HORACIO, CARLESCHI GIL, CÉSAR MARIANO y VASQUEZ, GONZALO MATÍAS, "Contratación inmobiliaria – Análisis de tres casos prácticos por los cuales se estructurarán desarrollos inmobiliarios ´desde el pozo´ a través de una sociedad, de la transferencia de lote por unidades a construir o de un fideicomiso", *Revista Notarial* nro. 968, La Plata, 2011, p. 444. Agregan los autores que, ante la falta de una expresa regulación, varias son las formas con las que se ha buscado instrumentar la etapa previa al sometimiento al régimen horizontal. Y previo a desarrollar tres de esos modos de celebrar las contrataciones respecto de unidades funcionales a construir, explican que la realidad "reclama a viva voz la necesidad de la sanción de una norma que la regule específicamente y que…debe recurrir a normas y figuras análogas que le sirven de apoyo pero que no logran solucionar acabadamente, ni cubrir las contingencias que esta realidad nos presenta" (p. 405).

[101] "Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Fideicomiso. Hipoteca", sancionada el 22/12/1994, promulgada el 9/01/1995, publicada en el Boletín Oficial del 16/01/1995. El Título I de la ley 24.441 fue derogado por la ley 29.994.

[102] De acuerdo al artículo 1666 del Código Civil y Comercial, hay contrato de fideicomiso "cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de

Dentro de los beneficios, suelen nombrarse la simplicidad en el trámite de constitución, que no requiere el nombramiento de autoridades, y que esta disminución de formalidades y de costos consecuentes, a diferencia de otras figuras contractuales, permite que el esquema pueda ser aplicado a emprendimientos de cualquier volumen. Con la regulación de la ley 24.441 el contrato no requería la inscripción en ningún registro como tampoco quienes revestían el carácter de parte, pero el texto definitivo del artículo 1669 del Código Civil y Comercial (de acuerdo a la modificación del Anteproyecto que no exigía este recaudo luego introducido por el Poder Ejecutivo Nacional) dispone que el contrato "debe inscribirse en el Registro Público que corresponda"[103].

Sin embargo, el gran atractivo para la construcción mediante este sistema de vigencia contractual transitoria es que "*los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante*, del beneficiario y del fideicomisario" (artículo 1685 del Código Civil y Comercial). Esto implica, entre otras consecuencias, la inmunidad frente al ataque de acreedores particulares de aquellos (salvo la acción pauliana de los acreedores del fiduciante), las restricciones de las facultades del fiduciario quien sólo podrá disponer de los bienes fideicomitidos en los términos del contrato, los límites de la responsabilidad objetiva del fiduciario, la

---

bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario".

[103] Opinan Kiper y Lisoprawski que la inscripción en el registro le dará cierta publicidad a los derechos y obligaciones emergentes del contrato, es decir que surtirá efectos en el plano personal u obligacional; sin duda, esto tendrá repercusión en la valoración de la buena fe del tercero interesado que contrate con el fiduciante, el fiduciario, el beneficiario o el fideicomisario. Si el tercero obra ignorando cierta situación que, de haber consultado el registro y los términos del contrato debió haber conocido, no podrá alegar que actuó de buena fe en el supuesto de presentarse algún conflicto. Pero en lo que hace a la transmisión fiduciaria de derechos reales, la oponibilidad se seguirá rigiendo por las normas generales (KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO V., "Registración del contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial. Una novedad. Efectos", diario La Ley del 11 de noviembre de 2014, La Ley Online AR/DOC/4028/2014). Luego de afirmar que el fin de la registración exigida por la ley es de proteger al tercero de buena fe, Milton Hernán Kees opina que el recaudo sólo constituye una nueva traba burocrática que va a desalentar la constitución de la figura pero que no servirá para cumplir con su finalidad ni para prevenir fraudes; agrega el autor que al estar prevista la publicidad del dominio fiduciario de cosas registrables, nada va a sumar la registración del contrato de fideicomiso (KEES, MILTON HERNÁN, "La registración del contrato de fideicomiso en el nuevo Código", Suplemento La Ley Actualidad del 10 de marzo de 2015, año LXXIX, N° 46, La Ley Online AR/DOC/5/2015). En el orden nacional, la inscripción de los contratos de fideicomiso está regulada en los artículos 284 a 291 (Título V) del Anexo A de la Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2015.

irresponsabilidad personal del fiduciario por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, y la limitación del poder de agresión de los acreedores del beneficiario que podrán tan solo atacar los frutos y subrogarse en los derechos de su deudor.

La variante más corriente de fideicomiso inmobiliario es el que tiene por objeto el desarrollo y construcción de un edificio, por el cual el dueño del terreno transmite el dominio fiduciario —regulado en los artículos 1701 al 1707 del Código Civil y Comercial— como participación junto con los demás aportes de otros fiduciantes o terceros financistas (generalmente en dinero), contra la promesa de recibir una o más unidades resultantes, algunas de las cuales se pre adjudican entre los inversores y las restantes son transmitidas a terceros. Quien adquiere una unidad en construcción en el marco de este negocio cuenta al menos con la garantía que le brinda la existencia del patrimonio de afectación[104].

El fiduciario puede ser el empresario constructor, o también puede ser sólo un administrador que contrate a los constructores, al proyectista, a los directores de obra, a los diseñadores y a los comercializadores. En este segundo caso, el fiduciario recibe y ejerce el dominio fiduciario del inmueble y del dinero para que, una vez finalizada la construcción, transmita —generalmente por venta— las unidades terminadas. Si los fiduciantes entregan dinero al fiduciario y le encomiendan la compra del terreno para que luego lleve a cabo la construcción como objeto del fideicomiso inmobiliario, ya no adquirirá un dominio fiduciario respecto del inmueble sino un dominio pleno y en tal caso el dominio fiduciario recaerá sobre el dinero.

La figura del fideicomiso financiero –antes definida por el artículo 19 de la ley 24.441 y hoy por el artículo 1690 del Código Civil y Comercial, del cual surge la aptitud del fiduciario para la titulización de activos[105]– también ha servido para llevar adelante proyectos inmobiliarios en los cuales el titular de un lote (fiduciante) transmite el dominio fiduciario a otra persona (fiduciario) quien lo recibe para desarrollar un

---

[104] A pesar de la confianza ciega del inversionista que considera que recibir su unidad prometida “desde el pozo” es sólo cuestión del paso del tiempo pactado, el adquirente no estará cubierto de otras contingencias propias de los vaivenes contractuales (que exceden el plano del análisis jurídico y que pueden ser sorteadas con un debido asesoramiento) ni mucho menos del abuso en la predisposición contractual. A modo de ejemplo, las soluciones contractuales no son eficaces cuando los fondos colectados no son suficientes para terminar la construcción. A ello se suma que el Código Penal sólo reprime (como una defraudación especial) a quien “dispusiere, gravare o perjudicare” los bienes fideicomitidos (artículo 173 inciso 12 del Código Penal).

[105] Proceso por el cual el propietario utiliza sus activos crediticios como respaldo para la emisión de títulos valores que le permiten la obtención de fondos. Atento que los títulos valores se traducen como *securities* en inglés, en forma indistinta la operatoria también recibe el nombre de “securitización”.

proyecto inmobiliario en beneficio de los tenedores de títulos de deuda o certificados de participación (beneficiarios) y al cumplimiento de un plazo o de una condición, le transferirá las unidades funcionales que resulten a los adquirentes (fideicomisarios). Se trata de un fideicomiso común con dos variantes: el beneficiario es tenedor de un título valor susceptible de oferta pública, sean títulos de deuda o certificados de participación, y el fiduciario debe tratarse de una persona jurídica con características especiales (entidad financiera o sociedad especialmente autorizada al efecto por la Comisión Nacional de Valores).

Por último, aventura Roberto Boqué que, al no haberse incluido a la figura del fideicomiso inmobiliario privado en la nómina de supuestos excluidos del régimen de prehorizontalidad, la carga de contratar el seguro que exige el artículo 2071 del Código Civil y Comercial "*generará sin duda un grave inconveniente en el tráfico jurídico negocial inmobiliario"* habida cuenta de la expansión de esta modalidad de comercialización"[106].

IV.5 El fideicomiso con fines de garantía

El fideicomiso puede tener distintas utilidades con el solo límite de la imaginación de los constituyentes. Una de las posibilidades es su creación con el fin de garantizar el pago de una deuda, y de ese modo surge el fideicomiso en garantía, figura definida por Cortez Olmedo como el contrato por medio del cual el deudor (fiduciante) entrega un determinado bien a una tercera persona (fiduciario) en garantía del cumplimiento de una obligación propia o ajena asumida con un tercero acreedor (beneficiario) para que, en el supuesto de incumplimiento de su parte, el fiduciario proceda a la liquidación del bien y pague al acreedor-beneficiario con su producido, según lo estipulado en el contrato[107].

Según el artículo 1680 del Código Civil y Comercial

> *Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto*

---

[106] BOQUÉ, ROBERTO, "La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen", RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016, La Ley Online AR/DOC/621/2016.

[107] CORTEZ OLMEDO, DIÓGENES A., "El fideicomiso de garantía", El Dial Express, Año VI, Nro. 1487, elDial - DC37A, del 27 de febrero de 2004.

de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes.

No hay dudas entonces que el contrato de fideicomiso en garantía reviste el carácter de accesorio respecto al contrato de mutuo principal celebrado entre el deudor y el acreedor.

Tratándose de una especie del fideicomiso general, la operatoria también está sujeta a un plazo o a una condición. Es decir que se puede establecer un término fatal para que el deudor cumpla con su obligación, o, de pactarse una condición, ésta será que el deudor no cumpla con los pagos acordados en el contrato. En ambos casos si cumple, se le devuelve el inmueble y si no cumple, el fiduciario quedará habilitado para disponer del mismo y luego pagarle al acreedor[108].

En su versión básica, el fideicomiso en garantía inmobiliario puede explicarse de un modo muy sencillo. El fiduciante deudor transmite el dominio de un inmueble a un fiduciario. En el contrato se establece que si el deudor paga, el fiduciario le va a devolver el dominio del inmueble; si no paga, el fiduciario va a venderlo en forma extrajudicial para pagar al acreedor beneficiario, pero no puede quedarse con él, e incluso si sobra dinero, le corresponde al deudor[109].

A diferencia del fideicomiso inmobiliario en el que los adquirentes pasan a revestir el carácter de fiduciantes (o fiduciantes y beneficiarios a la vez), en el fideicomiso en garantía los terceros adquieren al fiduciario la plena titularidad del derecho real (dominio o propiedad horizontal) sobre un inmueble[110].

---

[108] A pesar de alguna resistencia con base —entre otros argumentos— en que no estaba expresamente contemplado en la ley 24.441 y que importaba una expansión indebida del *numerus clausus* al que están sometidos los derechos reales, la generalidad de la doctrina llegó a admitir la licitud del fideicomiso de garantía y en tal sentido se redactó el punto 1 del despacho II de la Comisión n.4 de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Lomas de Zamora, septiembre de 2007), al decir que "*en el sistema argentino, el fideicomiso de o en garantía es lícito*". Esta posición se fundaba en que si bien no encontraba una regulación expresa en la ley 24.441, era admitido en los artículos 19 y 21 referidos al fideicomiso financiero. La legitimidad de este instituto en nuestro medio es una discusión que hoy en día ya no puede tener cabida ante su expresa recepción por parte del Código Civil y Comercial (artículo 1680).

[109] Las ventajas y otras posibles aplicaciones del fideicomiso de garantía fueron expuestas en KIPER, CLAUDIO M., "El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Jurisprudencia Argentina 2007-IV, 1049.

[110] La ley 24.855, sancionada el 2 de julio de 1997 y promulgada parcialmente el 22 de julio de 1997, declaró al Banco Hipotecario Nacional sujeto a privatización en los términos de la ley 23.696, y encomendó al Poder Ejecutivo nacional a transformar al Banco Hipotecario Nacional en Banco Hipotecario S.A., con los derechos y obligaciones de su predecesor salvo lo expresamente derogado por la ley (artículos 15 y 16). Precisamente, un particular y difundido ejemplo de fideicomiso en garantía constituye la modalidad de contratación inmobiliaria llevada

IV.6 La invariabilidad de la protección del adquirente

El adquirente no suele tener en claro ni siquiera bajo qué figura legal ha contratado. Y las diferencias sustanciales entre ser comprador por boleto de compraventa o por escritura pública[111], fiduciante beneficiario[112] o adjudicatario en un círculo de ahorro[113], por citar ejemplos, se hacen evidentes en cuanto a la distribución de responsabilidades ante problemas constructivos. De todos modos, se trate o no de

---

a cabo por el Banco Hipotecario S.A. llamada "Línea de Crédito para la Financiación de Emprendimientos Constructivos con Transmisión de Dominio Fiduciario" (reglamentada por distintas resoluciones emanadas de la misma entidad) que asomó en el mercado con el dictado de la ley 24.441.

[111] El contrato de compraventa está regulado en el Código Civil y Comercial (artículos 1123 a 1171).

[112] Incluso en la XXIX Jornada Notarial Argentina, celebrada en Mar del Plata del 5 al 8 de mayo de 2010, se admitió que con posterioridad a la firma del contrato de fideicomiso existe la posibilidad de incorporación de fiduciantes adherentes, siempre que el negocio se encuentre en curso de ejecución (Conclusiones del Tema III titulado “Fideicomiso como herramienta para el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios”); es decir que el rol del adquirente se limita a aceptar las cláusulas del contrato.

[113] Los círculos de ahorro previo para fines determinados o círculos cerrados de ahorro previo o sistema de ahorro para fines determinados, se integran por un número determinado de suscriptores o grupo de ahorristas que aportan cada uno una cuota parte del valor del bien o de los bienes muebles o inmuebles (en cuotas periódicas y determinadas) para luego adjudicarlos periódicamente entre ellos por sorteo o licitación, quienes no recibirán el dinero acumulado, sino que la sociedad administradora que organiza el sistema previa autorización de la Inspección General de Justicia lo aplicará al fondo común para adquirir o construir el bien y entregarlo a los adjudicatarios. Los ahorristas o suscriptores se incorporan al plan por medio de contratos que cada uno suscribe con la sociedad administradora de los fondos que es responsable de la organización del círculo a través de la admisión de aquellos. Precisamente la masa de intereses involucrados en el sistema, la protección del ahorro e impedir la defraudación de los ahorristas y la evasión fiscal fundamenta el régimen especial de fiscalización que el Estado impone a sus organizadores, a pesar de la apariencia de ser un negocio jurídico de derecho privado. Este sistema surgió como una alternativa para la comercialización de bienes mediante la autofinanciación, cuando se dificulta el acceso al crédito bancario o no existe financiación de este tipo. Conforme los artículos 1 y 2 del decreto ley 142.277/43 (modificado por los decretos 11651/59, 4061/67, 1344/74, 650/80, 1021/82 y 34/86, artículo 9 de la ley 22.315 y artículo 40 de la ley 23.270), las actividades de ahorro para fines determinados en sus diversas modalidades y denominaciones pueden ser efectuadas, previa autorización de la Inspección General de Justicia por las entidades constituidas con ese objeto y bajo la forma de sociedades anónimas o cooperativas inscriptas debidamente en los respectivos Registros, los bancos oficiales que cuenten con la previa conformidad del Banco Central y entes públicos con autorización administrativa. La resolución general N° 26/2004 que ordena los textos de las normas dictadas por la Inspección General de Justicia, establece taxativamente los requisitos que deben cumplir los contratos para ser aprobados previa intervención de la autoridad de aplicación de la LDC (artículo 39) y establece la prohibición de incluir las cláusulas abusivas del artículo 37 de la LDC e incluye un catálogo de cláusulas prohibidas. Es decir que atento que el ahorro constituye una cuestión de orden público federal, la Inspección General de Justicia es la única autoridad legitimada para autorizar o denegar a los entes señalados en aquella norma, que no son entidades financieras, para concertar un sistema de ahorro que les permita captar fondos privados. Las entidades financieras pueden, sin aquella autorización, operar en el sistema de ahorro previo creando o participando en sociedades formadas con esa finalidad expresa y especial.

una relación de consumo, frente a la situación de abuso en el contenido del reglamento de propiedad horizontal, las respuestas legales para el adquirente no varían según las modalidades o el esquema jurídico de adquisición.

V- LA PROTECCIÓN DE LA LEY FRENTE A LA PREDISPOSICIÓN CONTRACTUAL

V.1 La masificación contractual

En los últimos cien años, la complejidad del mercado y el acceso en masa a bienes y servicios hicieron que el escenario donde se permitía a las personas discutir sus acuerdos, haya desaparecido como opción. La práctica de los contratos negociados (también llamados paritarios o discrecionales) en los cuales las partes podían discutir una a una cada cláusula y sólo recién a partir del acuerdo ponían en marcha el mecanismo de cumplimiento contractual, fue mutando a una realidad en la que los contratos son pre redactados, prefijados, predeterminados, o predispuestos (a veces en formularios), para dar pie a la posibilidad que mayor cantidad de gente acceda a bienes y servicios de forma dinámica, eficaz y del modo más económico posible.

La autonomía de la voluntad de los contratantes que negociaban las cláusulas —propia del Estado liberal y con respaldo en la redacción originaria de la Constitución Nacional—, se convirtió en la autonomía de la voluntad de uno de los contratantes que fija las condiciones para que el otro se limite a aceptar. La igualdad contractual partía de la concepción de la persona humana en abstracto como un hombre libre y que en su interacción con los demás iguales concreta vínculos paritarios. Cuando comenzó a verse que no siempre existía tal estado de libertad, el consensualismo contractual que se manifestaba a través de la libertad de formas abrió paso a un formalismo con el que se buscó proteger el consentimiento de quien se encontraba en una situación de inferioridad negocial.

Pero este cambio no tenía un correlato normativo que resolviera los problemas que generaban las nuevas modalidades contractuales, razón por la que el derecho de los contratos tuvo que adaptarse al nuevo escenario. Se hacía difícil predicar la existencia de una sola categoría contractual y por lo tanto la unidad de la teoría del contrato se había vuelto más ficción que realidad, porque el intérprete verificaba que el contrato en la realidad presentaba variantes, matices, proyecciones y ese

fraccionamiento generaba explicaciones y legitimaciones diferentes a las de la clásica teoría del contrato.

Fue así que de a poco la legislación reparó en estas circunstancias y comenzó a amparar a una de las partes en específicas relaciones contractuales como por ejemplo al trabajador en el contrato de trabajo, al adquirente de inmuebles fraccionados en lotes y a plazos, al asegurado en el contrato de seguro o al locatario en las locaciones urbanas.

A la referida adaptación al fenómeno de la predisposición contractual es necesario añadir las disputas que se generaron a partir del cambio desde una cultura jurídica acostumbrada a que las partes discutieran sus contratos hacia otra en la cual una parte propone y la restante se limita a aceptar o no sin discutir las condiciones contractuales, e incluso a veces no hay con quien discutir (compras por internet, inversiones por *home banking*, máquinas expendedoras, parquímetros, etcétera). No era tan claro aceptar que tales vínculos que no permiten modificar los textos impuestos podían ser un contrato.

Por un lado, aceptar el carácter contractual del modelo de la predisposición implica reconocer que la manifestación de voluntad del aceptante no es totalmente pura desde que, ante la falta de opción de modificar el contenido contractual, lo suscribe y acepta cláusulas que no hubiera aceptado de haber tenido la posibilidad de negociarlas. Pero también es cierto que tiene vocación de contratar en relación al objeto de la propuesta, aunque no comparta el universo de las condiciones del negocio (es el caso de quien persigue adquirir el vehículo que se le ofrece sin reparar en el contenido del instrumento de adquisición).

La realidad de los hechos fuerza a aceptar el carácter contractual de estos vínculos, pero esto no implica dejar al aceptante a la deriva de los caprichos del predisponente sino, por el contrario, propone un mayor esfuerzo para desarrollar mecanismos que posibiliten que esa relación que se convirtió en desigual vuelva a tener el mayor equilibrio posible. Y esto se logra a partir de una serie de normas que por un lado establezcan exigencias adicionales al oferente y una serie de prerrogativas —antes inconcebibles— a quienes no tienen otra alternativa que aceptar la propuesta tal como fuera formulada.

El desarrollo de la cultura jurídica dio pie al impulso de proposiciones legales que resultaban permeables para asumir el nuevo modelo de formulación contractual. Es entonces cuando aparecen en escena las normas de protección al consumidor que

apuntan a establecer aquel equilibrio en el marco de una relación jurídica asimétrica que nació como tal, ya que una parte proponía y la otra se limitaba a aceptar. El Estado comienza a involucrarse en el contenido del contrato pero no con la idea de restringir la autonomía de la voluntad sino para retornar al modo en el que había sido originariamente concebido, es decir con la finalidad de consagrar lo que ambas partes hubieran querido y no sólo lo que hubiera querido la parte que propuso las cláusulas.

Aunque el relato lleva consigo la conclusión de que el derecho del consumidor tiene un origen contractual, no está de más aclarar que se ha posicionado para resolver conflictos entre vínculos cuyas características nunca pudieron haber sido tenidos en cuenta al momento en que Vélez Sarsfield redactó el Código Civil, cuerpo legal, sin embargo, que por muchos años sirvió de marco a distintos tipos contractuales que generan el desequilibrio en cuestión.

La primera protección de los consumidores se desarrolló de modo indirecto, entre otra normativa, a través del Código Alimentario Argentino (ley 18.284), de la Ley de Metrología 19.511, de la Ley de Defensa de la Competencia 22.262 (abrogada por el artículo 68 de la ley 25.156, texto según artículo 69 de la ley 26.993) y de la Ley de Lealtad Comercial 22.802. Pero la aparición del sistema de protección específico tuvo lugar, luego de varios proyectos frustrados, el 22 de septiembre de 1993 cuando el Congreso de la Nación Argentina sancionó la ley 24.240 de "Defensa del Consumidor" —en adelante LDC—, promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993[114], publicada en el Boletín Oficial el 15 de octubre de 1993 y reglamentada en forma parcial a través del decreto 1798 del 13 de octubre de 1994[115].

Los antecedentes legislativos nacionales en materia de Derecho del Consumidor se limitaban a unas pocas disposiciones sobre temas puntuales de la actividad económica, las cuales carecían de amplitud, orden y sistematización. La sanción de la

[114] La ley nació debilitada por el veto parcial del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de ser sancionada, el cual puso incluso en duda la vigencia de la norma porque en ese momento la Constitución Nacional no receptaba el mecanismo de la promulgación parcial, que fue incorporado en la reforma del año 1994 a través de la modificación del artículo 80. Fueron vetados aspectos esenciales (tales los casos del acceso gratuito a la justicia y la responsabilidad solidaria de los partícipes de la cadena de fabricación y comercialización) y la decisión mereció la crítica unánime de la doctrina especializada por considerarlo excesivo. Los reparos al texto subsistente de la ley 24.240 y a sus silencios, dieron lugar a las modificaciones introducidas por varias leyes nacionales posteriores y a los complementos por parte de diversos decretos y reglamentaciones administrativas.

[115] Modificada por las leyes 24.568 (1995), 24.787 (1997), 24.999 (1998), 26.361 (2008), 26.993 (2014), 26.994 (2014), 27.250 (2016), 27.265 (2016) y 27.266 (2016).

LDC permitió lograr tales objetivos, a través de la reunión en un cuerpo normativo de una serie de pautas útiles para acentuar la protección de los consumidores, o su grupo familiar o social, no sólo en el plano económico sino también respecto de su integridad física[116].

V.1.1 Vínculo entre la predisposición contractual y la masificación contractual

Abordaremos el tema de la predisposición contractual como género en el que la redacción de las cláusulas queda a cargo de la parte que formula la oferta, mientras que la otra, en inferioridad de condiciones para discutir o negociar el contenido contractual, se limita a aceptarlas o a rechazarlas pero no tiene posibilidad de discutirlas, modificarlas ni influir en su contenido. Es decir que no nos adentraremos en el debate acerca de la existencia o no de un criterio que permita clasificar a los contratos predispuestos en dos especies: los de adhesión y los sujetos a cláusulas generales de contratación[117]. Aunque en cada especie las afectaciones a la libertad del contratante pueden ser distintas, no siempre en la práctica la distinción resultará clara e incluso puede depender de circunstancias particulares. Por otra parte, este criterio de desprenderse de cualquier distingo conceptual de los contratos predispuestos para asignar consecuencias jurídicas, es el adoptado por la legislación que se ocupa del tema.

En efecto, el artículo 38 de la LDC, que se refiere a los "contratos de adhesión o similares", extiende el control administrativo de las cláusulas abusivas, en general, a todos los supuestos en que dichas cláusulas "hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido". Por su parte, el Código Civil y Comercial incluye una regulación de los "contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas" (artículos 984/989). Es decir que ambas normas borran una categorización como la señalada.

---

[116] Bien dice Calegari de Grosso que la protección, por parte de la LDC, de la salud, integridad física y en general de la seguridad de los consumidores, viene dada a través de normas de carácter administrativo, que establecen controles sobre la fabricación y la presentación de los productos en el mercado, a fin de disminuir riesgos; es decir que la tutela no requiere resultados sino que se brinda por la sola posibilidad de producir un daño a la salud (CALEGARI DE GROSSO, LYDIA E., "Derecho urbanístico y transdisciplina", diario La Ley del 24 de julio de 2013).

[117] La teoría del contrato enseña que en los contratos de adhesión, la predisposición aparece en un contexto de necesidad marcado por un monopolio de hecho o de derecho, mientras que en los contratos sujetos a cláusulas generales de contratación, la predisposición no es monopólica y permite al aceptante un margen de elección entre otros oferentes.

Lo expuesto no implica que la predisposición contractual no admita clasificaciones jurídicamente relevantes, pues el contrato celebrado a partir de la aceptación a cláusulas predispuestas puede ser o no de consumo —es decir que puede ser celebrado o no en el marco de una relación de consumo— y en caso afirmativo le será de aplicación el régimen específico. La conclusión se complementa con la idea en cuanto a que no siempre un contrato de consumo será concluido mediante la aceptación de cláusulas predispuestas y no siempre un contrato que no sea de consumo se celebrará en forma paritaria o discrecional.

Y se vea o no en un contrato de consumo, la predisposición puede estar dirigida a reglar una relación única (es el caso de un boleto de compraventa de un inmueble redactado por el vendedor) o a regir para una pluralidad de relaciones contractuales que sean homogéneas con todas las que el predisponente celebrará con múltiples destinatarios (contratos de seguro o de tarjeta de crédito). Este segundo caso da lugar a la llamada *masificación contractual*, porque los bienes y servicios se producen y comercializan en masa a través de contratos con cláusulas generales (o con alcance general) predispuestas por alguna de las partes para ser utilizadas en varios contratos particulares.

Dejamos a salvo que la predisposición a cláusulas generales no siempre implica un aprovechamiento de la parte débil, sino que incluso puede resultar valiosa para el aceptante si el predisponente recurre a ella como una manera de planificar sus actividades empresarias y reducir los costos de celebración de cada contrato, pues no tendrá que destinar recursos a negociarlos en forma individual[118].

V.1.2 La interpretación de los contratos predispuestos

Si bien fue recién a partir del Código Civil y Comercial que el ordenamiento jurídico nacional incluye una regulación especial dedicada a la genérica predisposición contractual (artículos 984 a 989), antes de su dictado ya existían normas de derecho común y de derecho del consumidor de las cuales se podían extraer soluciones

[118] Esto no implica desconocer que el principal beneficiado por la predisposición sea el empresario predisponente, quien logra una mayor seguridad en el trato de los clientes pues se favorece con una previsible resolución de conflictos que se repiten debido a la identidad del clausulado y funciona como mecanismo de traslación de riesgos de la operatoria.

aplicables a su problemática, al menos en lo que hace a la interpretación del contenido[119].

a) En el campo de derecho común, si se trataba o no de contratos de consumo, era la buena fe (entendida como buena fe lealtad) el fundamento principal al momento de exigir niveles razonables de equilibrio contractual. La primera parte del entonces vigente artículo 1198 del Código Civil mencionaba expresamente aquel principio[120] que podía hacerse valer como resguardo frente a la predisposición disvaliosa. De acuerdo a la norma, los contratos debían "celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe de acuerdo a lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (...". Además de servir como pauta de comportamiento de las partes durante toda la vida del contrato[121], brindaba un criterio de interpretación de los contratos en general, que debía ser complementado con los que aportaban los artículos 217 y 218[122] del entonces vigente Código de Comercio.

---

[119] Se habla de interpretación del contrato cuando la labor del operador busca desentrañar el sentido y alcance del acuerdo como acto jurídico.

[120] Agrega Alvarez Larrondo que la declaración a sí misma como de orden público por parte de la ley 24.240 bosqueja la nueva versión del Estado que no se contenta con poner a disposición de los sujetos modelos contractuales prescindibles, sino que directamente regula lo que la real autonomía de voluntad de las partes hubiera acordado. Y así es que impone como nuevo paradigma el de “la buena fe objetiva” como línea teleológica de interpretación en su artículo 37 “con una visión superadora del artículo 1198 del Código Civil”. Y concluye sosteniendo que en la ley argentina del consumidor, la buena fe se constituye en piedra angular del sistema (ALVAREZ LARRONDO, “La Buena Fe en la Ley 24.240”, *op. cit.*).

[121] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Scaglione, Eduardo Luis c/ La Buenos Aires Seguros S.A. s/ Cobro de pesos", 10/06/2009, Base Juba, Texto Completo.

.

[122] Artículo 217.- Las palabras de los contratos y convenciones deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo. Artículo 218.- Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos; 2. Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles, no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponda por el contexto general; 3. Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero; Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad; 4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato; 5. Los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos; 6. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras; 7. En los casos dudosos,

b) Por su parte, la norma de actuación específica en el ámbito del derecho de consumo (artículo 37 LDC) —que también refiere a la buena fe pero sólo a los fines de limitar los efectos de las cláusulas abusivas—, apareció como una derivación de aquel modelo general del Código Civil, cuya aplicación podía extenderse incluso a los contratos de consumo por vía de la integración normativa del artículo 3 LDC según el cual las disposiciones de esa ley "se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo" [123].

A pesar de esta correspondencia y que incluso tanto en el Código Civil como en la LDC el principio de buena fe actuaba como una pauta de interpretación objetiva —es decir que no pretende indagar en la voluntad de las partes— y su incumplimiento podía acarrear la sanción de nulidad total o parcial del contrato, fuera de esta relación de género a especie, la mayor diferencia ocurría "con motivo de la rectificación del contrato" ante cláusulas prohibidas[124], pues sólo en caso de tratarse de un contrato de consumo el juez contaba con la facultad de integrar[125] el contenido faltante a partir de la ley especial.

Las pautas de interpretación contractual de tipo subjetivas, o sea las que intentan descubrir la voluntad real de las partes, no resultan útiles ante la predisposición de las cláusulas, debido a la dificultad de descubrir lo que efectivamente quiso el aceptante frente a la insuficiencia en la manifestación de su consentimiento que se limita a la mínima expresión de aceptar o no las prestaciones que quiere ofrecer quien predispone el contenido

---

que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación.

[123] La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que "en los casos de contratos con cláusulas predispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes (doctrina de Fallos: 317:1684). Esta regla hermenéutica se impone en razón de expresas disposiciones legales (art. 1198 del Código Civil, art. 218, inc. 3° del Código de Comercio, art. 3° de la ley 24.240" ("Romero Victorica de Del Sel, María del R. c/ Qualitas Médica S.A. s/Ordinario", 15/12/1998, El Derecho 181-324, La Ley 1999-B, 118).

[124] LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Consumidores*, 2da. edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 257.

[125] Se habla de integración cuando el juez como intérprete pasa a completar la laguna contractual porque no ha sido previsto el contenido esencial, o es injusto.

Entonces, si en los contratos predispuestos no tiene caso intentar descubrir una voluntad real que casi no se manifiesta, la única tarea posible del intérprete es la de indagar la voluntad presunta de las partes. Es decir que la predisposición requiere criterios de interpretación objetivos —como la buena fe que hoy sigue exigiendo el artículo 961 del Código Civil y Comercial para celebrar un contrato—, o que al menos lo sean en forma predominante respecto de los que se utilizan para descubrir el sentido en los contratos clásicos. A modo de ejemplo, cobrará preponderancia lo que las partes razonablemente pudieron haber tenido en cuenta como finalidad del contrato o lo que razonablemente el adherente estaba en condiciones de entender. La *razonabilidad* como parámetro objetivo permite analizar el sentido del contrato predispuesto contrastándolo con la conducta que resulte usual o frecuente que se verifique en el mercado[126].

V.1.3 La interpretación frente a cláusulas ambiguas e incomprensibles en los contratos predispuestos

Otro de los parámetros objetivos para acceder a la voluntad presunta de las partes, más frecuente en los estrados judiciales, es el que permite valorar el contenido del contrato en resguardo del contratante que se asume como más débil desde el punto de vista del poder de negociación.

En los contratos de consumo, y como respuesta frente a las cláusulas ambiguas[127], es decir las que admiten varias interpretaciones válidas, el artículo 37 LDC contiene una aplicación del principio in dubio pro consumidor al decir que "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa" (disposición reiterada en el artículo 1095 del Código Civil y Comercial).

Cuando una cláusula sea pasible de varias interpretaciones, todas favorables para el consumidor pero alguna más ventajosa que las otras, la falta de aclaraciones de la ley permite concluir que también se decide por la interpretación "*más favorable*

[126] La "razonabilidad" aparece consagrada expresamente como un criterio de interpretación de los contratos comerciales en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1998.

[127] La ambigüedad no es una cualidad que debe estar presente en una cláusula para que pueda considerarse abusiva, sino que una cláusula puede ser ambigua sin ser abusiva, cuando la vaguedad no se emplea para engañar, confundir o llevar a equivocarse al consumidor.

para el consumidor", aunque no sea la más razonable o ecuánime (por ejemplo cuando el beneficio para el consumidor es proporcionalmente menor que el perjuicio para el proveedor). De todos modos, si bien no hay discusiones en cuanto a que en caso de ambigüedad la balanza debe inclinarse a favor del consumidor, las soluciones legales no deben ser interpretadas de modo de encubrir respuestas caprichosas o irrazonables, pues el juez podrá optar por otra interpretación cuando la más favorable al consumidor conduzca a un perjuicio injustificado al proveedor.

Pero como la predisposición no sólo va de la mano del contrato de consumo, esa misma pauta que lleva a interpretarlo en beneficio del más débil en caso de duda, también puede ser utilizada en contratos que no sean de consumo[128] porque si la duda u oscuridad fue generada por quien tenía la potestad de redactar el contenido del contrato, en ningún caso la cuestión puede ser resuelta a favor de quien motivó el conflicto.

Es por eso que de tratarse de cualquier contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas, el artículo 987 del Código Civil y Comercial determina que si las cláusulas ambiguas han sido predispuestas por una de las partes, deben interpretarse "*en sentido contrario a la parte predisponente*". Dejamos a salvo que pueden no ser compatibles las respuestas que brinda el Código Civil y Comercial para el contrato de consumo y para el contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas (aunque la solución del artículo 987 también sea aplicable al contrato de consumo por el reenvío que dispone el artículo 1117 del mismo cuerpo normativo), pues de confluir ambas calidades, cabría interpretar una cláusula en contra del proveedor que la redactó y a pesar de ello el sentido adoptado puede a la vez no ser beneficioso para el consumidor, o bien puede ser igual de beneficioso para ambos.

De todos modos, es claro que, sin que sea necesario fulminar de nulidad la cláusula cuando se tengan dudas acerca del alcance de una obligación puesta contractualmente en cabeza del adherente, la decisión deberá inclinarse para la liberación de éste, aunque perjudique al redactor de la cláusula.

El adherente además goza de una protección legal frente a las cláusulas incomprensibles, es decir las que no permiten ser interpretadas. En este caso, se arriba a la ineficacia por la aplicación extensiva del artículo 10 LDC que enumera las

---

[128] A modo de ejemplo, ver fallo de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala II, "Locutel S.A. c/ Telefónica de Argentina S.A.", 06/02/2003, La Ley 2003-E, 651.

constancias que debe contener el documento que se extienda por la "*venta de cosas muebles o inmuebles*" (es decir propio del contrato de compraventa de consumo) y del artículo 985 del Código Civil y Comercial —aplicable a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas sean o no de consumo—, que exige que la redacción deba ser hecha "*en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente*".

La razonabilidad y la interpretación a favor de la parte más débil compatibilizan con la buena fe, no sólo por ser patrones objetivos en la tarea de esclarecer el sentido del contrato, sino también porque la buena fe implica un obrar con lealtad que supone interpretar al contrato de acuerdo a un criterio de razonabilidad. Y la interpretación protectoria de la parte más débil, es decir de quien no tuvo posibilidad de negociar las cláusulas del contrato, implica la aplicación del principio de no tutelar la torpeza (en este caso del predisponente), el cual es una derivación de la buena fe. Siempre es la buena fe entonces la que impone que quien predispone el contenido de un contrato tenga que redactarlo con claridad; pero si no lo hace y el contrato no es claro, resulta lógico que la interpretación de sus cláusulas se vuelque en sentido desfavorable de quien predispuso con mayor poder de negociación ("*in dubio contra stipulatorem*" o "*contra proferentem*").

En resumen, la ley ha puesto en cabeza del proveedor la carga de afrontar las consecuencias de cualquier conflicto interpretativo, pues asume su mejor posición para controlar (y evitar) las cláusulas que introduce al contrato; y en caso contrario cargará con las consecuencias de su omisión.

V.2 El control de incorporación del contenido contractual

Concluir en la naturaleza contractual del reglamento de propiedad horizontal lleva a asignarle el mismo tratamiento legal que a los demás contratos y por lo tanto, entre todas las normas de los títulos I a III del Libro III del Código Civil y Comercial, se le pueden hacer extensivos los razonamientos tanto sobre el control de incorporación del contenido contractual como sobre el control del contenido contractual ya incorporado.

Las cláusulas del contrato deben ser conocidas por las partes, es decir que deben integrar el contenido del contrato. De ahí que con carácter previo a controlar si son abusivas o no (control del contenido), cabe primero controlar si han sido debidamente incorporadas al contrato (control de incorporación del contenido), pues

de no haber sido de ese modo deberían tenerse por no convenidas sin que pueda siquiera arribarse a la etapa en la que se cuestione su carácter abusivo.

Así como el control del contenido contractual es el medio que otorga la ley para lograr la revisión del contrato a través de la sanción de nulidad de las cláusulas abusivas, el control de incorporación del contenido contractual habilita a descartar cláusulas sorpresivas exigiendo que se hagan explícitas todas las condiciones que se proponen para conocer el alcance de la aceptación.

De ahí que, por ejemplo, si una estipulación vejatoria forma parte de una factura de compra o de un cartel o letrero (y no del contrato), la cuestión ingresa en la órbita del control de incorporación y no del control de contenido, pues es la falta de aceptación el criterio a tener en cuenta para considerarla inoponible en forma previa (pues sólo se puede consentir sobre lo que se conoce) sin llegar a abordar el tema de un posible abuso. Asimismo, si un contrato incluyera una cláusula que reenvía a otras que no forman parte del clausulado y que son desconocidas por el consumidor, únicamente procederá la declaración de ineficacia de la cláusula de reenvío por falta de aceptación, pero quedará de lado la cuestión sobre el abuso.

Una muestra de este orden en el camino surge del artículo 1118 del Código Civil y Comercial, titulado precisamente "*Control de incorporación*", de cuyo texto se desprende que recién pueden ser declaradas abusivas "*las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo*".

V.2.1 El control de incorporación del contenido contractual en los vínculos de consumo

En el microsistema de consumo fueron apareciendo varias reglas referidas en forma directa al tema de la incorporación. El artículo 10 LDC enumera las constancias que debe contener el documento que se extienda por la "*venta de cosas muebles o inmuebles*". Y además de incluir recaudos sobre la cantidad de ejemplares que deben redactarse y entregarse al momento de la celebración del acto, establece que su redacción debe ser "*en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente*". Más aún, si se incluyeran cláusulas adicionales a las que se enumeran en el texto del artículo o en la LDC en general, la propia norma exige que sean escritas "*en letra destacada y suscritas por ambas partes*". Si estas pautas no fueran respetadas, tales cláusulas (predispuestas o no) deben entenderse como no incorporadas al contrato y por lo tanto, inoponibles al consumidor.

La norma por sí sola resulta insuficiente pues limita su ámbito de aplicación a la "*venta*" y no comprende la problemática de la contratación electrónica. De todos modos, la Resolución 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería[129], aplicable a cualquier contrato escrito de consumo, también adopta medidas en relación a la legibilidad tanto de los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros en los términos de la LDC, como de las informaciones obligatorias que deban brindar por escrito los proveedores a los consumidores (artículos 1, 2 y 3)[130].

En cuanto a los vínculos especiales de consumo, la ley 25.065 exige en su artículo 7[131] que se entregue un ejemplar del contrato tipo de emisión de Tarjeta de Crédito —cuyos modelos deben estar debidamente autorizados y registrados por la autoridad de aplicación— al emisor, al titular, al eventual fiador personal del titular y al usuario autorizado que tenga responsabilidad frente al emisor o a los proveedores; y agrega que las cláusulas del contrato deben redactarse claramente y con tipografía fácilmente legible a simple vista, con más razón las que generen responsabilidad al adherente, las cuales deben estar redactadas "*mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados*".

---

[129] Publicada en el Boletín Oficial el 7 de enero de 1999.

[130] Artículo 1°.- Los contratos escritos de consumo; los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generen derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, en los términos de la Ley N° 24.240, y las informaciones que por imperativo legal brinden por escrito los proveedores a los consumidores, deberán instrumentarse en idioma nacional y con caracteres tipográficos no inferiores a UNO CON OCHO DÉCIMOS (1,8) de milímetros de altura. Artículo 2°.- Los contratos y demás documentos a que se refiere el artículo anterior deberán asimismo resultar fácilmente legibles, atendiendo al contraste; formato, estilos o formas de las letras; espacios entre letras y entre líneas; sentido de la escritura, y cualquier otra característica de su impresión. Artículo 3°.- Cuando determinados textos, informaciones o cláusulas, por imperativo legal, deban incluirse en forma destacada, notoria, ostensible o similar, deberán consignarse en negrita, con caracteres tipográficos equivalentes, como mínimo, a una vez y media el tamaño de los utilizados en el cuerpo o texto general del documento.

[131] Artículo 7 Ley 25.065 Redacción del contrato de emisión de Tarjeta de Crédito. El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito deberá reunir las siguientes condiciones: a) Redactado en ejemplares de un mismo tenor para el emisor, para el titular, para el eventual fiador personal del titular y para el adherente o usuario autorizado que tenga responsabilidades frente al emisor o los proveedores. b) El contrato deberá redactarse claramente y con tipografía fácilmente legible a simple vista. c) Que las cláusulas que generen responsabilidad para el titular adherente estén redactadas mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados. d) Que los contratos tipo que utilice el emisor estén debidamente autorizados y registrados por la autoridad de aplicación.

V.2.2 El control de incorporación del contenido contractual en el Código Civil y Comercial

Las normas referidas en los párrafos precedentes representaron un avance respecto del Código Civil y del Código de Comercio, que no se hacían cargo de regular en forma directa o expresa el tema de la incorporación contractual, más allá de las genéricas referencias a la buena fe. Pero la sanción del Código Civil y Comercial amplió el ámbito de la previsión normativa para abarcar no sólo la esfera específica de la protección al consumidor sino también los vínculos que queden fuera de la relación de consumo.

a) En primer lugar, y tal como se adelantó, la recepción legislativa de la incorporación contractual puede considerarse ínsita en el deber de buena fe que consagra el artículo 961 del Código Civil y Comercial al exigir que los contratos se celebren de buena fe. Pero además, por resultar aplicables a todos los contratos las reglas sobre tratativas contractuales previstas en la Sección 3ra., Capítulo 3, Título II del Libro III del Código Civil y Comercial (Derechos personales), dicha norma debe ser complementada por el artículo 991 del mismo Código, que integra aquella sección, mediante el cual durante las tratativas preliminares "las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente" bajo pena de resarcir el daño que sufra el afectado que haya confiado, sin su culpa. Es decir que en la fase precontractual, la buena fe exige que la propuesta y redacción de las cláusulas (haya habido o no predisposición) deban ser claras y completas.

b) Por su parte, el artículo 985 del Código Civil y Comercial, que regula los requisitos de las cláusulas generales predispuestas en los contratos en general, indica que éstas deben ser "comprensibles y autosuficientes", y agrega que su redacción debe ser "clara, completa y fácilmente legible" y tiene por no convenidas "aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previo o simultáneamente a la conclusión del contrato". Para no dejar de lado alguna modalidad de celebración contractual, la misma norma declara que es aplicable "a la contratación telefónica, electrónica o similares".

c) En los contratos de consumo celebrados bajo modalidades especiales (es decir fuera de los establecimientos comerciales, a distancia o mediante utilización de medios electrónicos), el artículo 1111 del Código Civil y Comercial obliga al proveedor a informar al consumidor su facultad de revocar el contrato mediante la

inclusión de esa posibilidad "en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario.".

d) Y por último, el Código Civil y Comercial introduce en materia inmobiliaria una norma específica sobre la incorporación de cláusulas contractuales al momento de la adquisición de unidades funcionales que componen un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal. Afirma en su parte final el artículo 2038 del Código Civil y Comercial que "El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional"[132], texto que encuentra su fuente en el artículo 1973 del Proyecto del año 1998 y que no surgía de una norma expresa aunque era admitida en forma unánime por la doctrina y por la jurisprudencia[133].

De acuerdo al artículo 1892 del Código Civil y Comercial, se entiende por *título suficiente* "*el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real*"[134]. De ahí que la integración del

[132] Afirma Gurfinkel de Wendy que "esta función integradora del reglamento…no sólo ratifica la autonomía del derecho real de propiedad horizontal, sino que lo diferencia de los otros derechos de igual naturaleza" (GURFINKEL DE WENDY, LILIAN, "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", diario La Ley del 3 de junio de 2013).

[133] A modo de ejemplos ver Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Consorcio de Copropietarios Edificio Olague VIII c/ Nuin, Mario s/ Infracción a la Ley 13.512", 06/06/2001, base Juba Sumario B25743; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala I, "Consorcio Propietarios Terrazas de Quilmes Torre I c/ Baprisud S.A. s/ Daños y Perjuicios", 15/12/2005, base Juba Sumario B2903324; Cámara Nacional Civil, Sala E, "Consorcio Agüero 927/35 c/ Riesco, S.A.", 11/8/1993, La Ley 1994-B, 113, Doctrina Judicial 1994-1, 823, La Ley Online AR/JUR/2007/1993). Solía enunciarse también que el reglamento "*forma parte integrante de la misma escritura traslativa de dominio*" (REFFINO PEREYRA, VIRGILIO, *La propiedad horizontal*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1952, p.55) o bien "*del título de dominio*" de cada uno de los consorcistas (por ejemplo DÍAZ, SILVIA ADRIANA, "La responsabilidad civil en temas de propiedad horizontal", Doctrina Judicial 2007-I, 671, con cita de Cámara Nacional Civil, Sala D, "Guibert, y Cía. S.A. c/ Productos Químicos CIBA S.A.", 05/09/1961, El Derecho 2-216 y Sala E, "Consorcio de Propietarios Callao 349/61 c/ Criado y Cervini S.R.L.", 24/03/1972, La Ley 150-716 y HUMPHREYS, ETHEL, "Las violaciones al reglamento de copropiedad y administración consentidas precariamente", La Ley 2004-A, 34, La Ley Online AR/DOC/11344/2003, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala K, "Consorcio de Propietarios Pasaje Copérnico 2389/91 c/ Fariñi Duggan, Héctor", 02/09/2003). Esta última también fue la fórmula adoptada por la Cámara Nacional Civil, Sala G, "Consorcio de Propietarios Uruguay 627 c/ Schifer, Claudio y otros", 24/04/1991, El Derecho 146-147 y por la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, "Ferrando, Isabel c/ Consorcio de Propietarios calle Diagonal 80 entre 42 y 116 s/Daños y Perjuicios", 25/04/1989, Base Juba sumario B 350068.

[134] Por su mayor precisión en la exigencia de los elementos que lo configuran, preferimos como definición de título suficiente la que tiene por tal al acto jurídico cuya finalidad consiste en la transmisión de un derecho real propio del disponente capaz y legitimado al efecto, al adquirente también capaz, formalizado conforme a los requerimientos legales para alcanzar el fin previsto (PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, *op.cit.,* p. 39).

reglamento al otro acto jurídico llamado título suficiente demuestra que el acto de creación del primero no constituye por sí solo el título suficiente, sino que sirve como antecedente necesario para que se otorgue un nuevo acto que valga para constituir el derecho real de propiedad horizontal.

Conforme el artículo 1017 del Código Civil y Comercial deben ser otorgados por escritura pública "*los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles*" aunque quedan exceptuados de este principio general "*los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa*" (inciso "a"). Y tanto si la compraventa, donación, permuta, etcétera, por la que se adquiera una unidad funcional fueran celebradas por escritura pública como si se obtienen los testimonios de las piezas judiciales en los que conste la adquisición por subasta, en todos los casos el reglamento se integra de modo inseparable al acto jurídico por el que una persona se convierte en titular del derecho real de propiedad horizontal sobre la unidad.

Explica Luis Mosset de Espanés que la integración del reglamento con el título suficiente determina que las facultades atribuidas por el primero a los titulares de las unidades funcionales dentro de los límites legales integran su derecho real de propiedad horizontal[135]. Y es por dicha razón que el reglamento se vuelve oponible a todos los que puede oponerse el título suficiente de adquisición de ese derecho.

Observa Jorge R. Causse que la integración legal requerirá la inscripción del reglamento en el registro inmobiliario con carácter previo a inscribir la adquisición del derecho real sobre una unidad funcional; de todos modos, avizora que la doctrina se expedirá con disfavor a esta solución y proclama la conveniencia de una declaración judicial que convalide la inscripción simultánea del reglamento y del testimonio de la escritura de transferencia, ya que no sólo evita innecesarias dificultades sino que esta implementación no afecta derechos de terceros[136].

La conclusión del artículo 2038 del Código Civil y Comercial determina que ninguno de los propietarios pueden decidir la extinción en forma unilateral el reglamento (hayan sido creadores o adherentes al mismo) y desprenderse de los derechos y obligaciones que de él se originan, mientras sean titulares de alguna de las

---

[135] MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "El derecho de usar paredes y azoteas de un edificio para publicidad (Formas que puede adoptar: ¿derechos reales o personales?)", Jurisprudencia Argentina 1979-IV-748.

[136] CAUSSE, JORGE RAÚL, "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios", en Claudio Kiper (director), *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pp.827/828.

unidades funcionales que componen el edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal. La firma de la escritura de adquisición implica —además del ingreso a formar parte del consorcio— anexar al título, y aceptar en forma total e incondicionada, todas las cláusulas del reglamento. Y aun cuando el nuevo propietario haya formulado reservas al adquirir la unidad, no podría escapar de la obligatoriedad a su respecto de todas las cláusulas del reglamento (y al momento de transmitirla el sucesor lo será en los mismos términos), pues de otro modo la reserva implicaría su reforma sin cumplir los recaudos legales. Y veremos a continuación que la modificación del reglamento por los caminos legislados o pactados es una meta a la que no es fácil arribar, aunque el reclamante haya adquirido su unidad en el marco de una relación de consumo.

VI- LA RELACIÓN DE CONSUMO INMOBILIARIA

VI.1 La reforma constitucional del año 1994 y su relevancia para la protección del consumidor

Cuando había transcurrido poco menos de un año de vigencia de la LDC, la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 otorgó jerarquía constitucional a los derechos del consumidor a través del nuevo texto de su artículo 42[137] el cual —además de sustentar una posición intervencionista del Estado que no puede ser neutral frente a las fuerzas del mercado—, representa la máxima consagración normativa de su defensa. No es una exageración decir que la reforma constitucional salvó al régimen legal específico porque puso en escena la necesidad de ampliar el resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios[138] —por entonces protegidos por una normativa vetada en aspectos esenciales—, y por lo tanto sirvió de fuente disparadora de las modificaciones normativas protectorias del consumidor.

---

[137] Artículo 42 Constitución Nacional: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

[138] Por razones de agilidad en la prosa, en adelante dejaremos de referirnos a "consumidores y usuarios" para limitarnos a mencionarlos derechamente como "consumidores". Si bien es claro que ambos términos guardan diferencias en cuanto al universo que comprenden, el régimen argentino de defensa del consumidor unifica las consecuencias jurídicas.

La nueva redacción del artículo 42 de la Constitución Nacional constituye la fuente principal y de mayor rango del derecho del consumidor y cualquier conflicto normativo debe ser resuelto en primer lugar mediante su aplicación directa por encima de cualquier otra fuente[139]. Es decir que cada norma que integra el derecho del consumidor —constituciones provinciales, leyes, decretos o resoluciones— se enfila detrás del texto constitucional, pero la efectividad de su aplicación requiere el necesario complemento de la LDC, la cual había quedado desactualizada.

Al reconocimiento de los derechos primarios o principales de los consumidores (a la protección de su salud, seguridad, intereses económicos, información adecuada, libertad de elección, trato equitativo y digno, educación, defensa de la competencia y servicios públicos eficientes) que las autoridades deben proveer a su resguardo a partir de su intervención obligatoria, el amparo constitucional se extiende a otros derechos que favorecen al consumidor en forma indirecta y que sirven de instrumento para lograr la operatividad de los derechos primarios, tales como el derecho a la conformación de asociaciones de consumidores, a integrar los organismos de control y al reclamo mediante "*procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*", tal la expresión constitucional.

La nueva norma constitucional implica además la consagración de uno de los derechos humanos de tercera generación[140] a través del reconocimiento de un compendio de derechos y obligaciones de los partícipes del vínculo de consumo, que resultan de aplicación obligatoria para los jueces incluso como pauta de interpretación.

VI.2 La relación de consumo como centro de la protección al consumidor

La reforma constitucional del año 1994 consagró un avance en la defensa del consumidor porque a partir del nuevo texto de su artículo 42 no se habla más de la protección de una de las partes *de un contrato* sino de quien forma parte de una

[139] "Las normas constitucionales que reconocen la existencia del derecho de consumo son operativas *per se*, independientemente de que el Congreso o el Poder Ejecutivo hayan dictado regulaciones específicas" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Ministerio de Salud y/o Gobernación s/Acción de Amparo", 31/10/2006, Fallos: 329:4741, voto del Dr. Ricardo Lorenzetti).

[140] Los derechos humanos han sido reconocidos a lo largo de la historia por oleadas progresivas no excluyentes entre sí, llamadas generaciones, contexto en el que las nuevas implican una reformulación de las anteriores para adaptarlas a los nuevos tiempos. Los de las primera generación comprenden los derechos civiles y políticos, los de la segunda generación refieren a los derechos económicos, sociales y culturales, los de la tercera generación son derechos que se vinculan con la solidaridad grupal y se plantean desde la titularidad colectiva, y los de la cuarta generación surgen como una reacción frente al a tecnología. Sin dudas, a mayor avance en las categorías, menor es su reconocimiento legislativo.

relación de consumo, vínculo que excede con creces la matriz contractual que se ve resentida en sus basamentos clásicos: la fuerza obligatoria del contrato (artículos 18, 34 y 37 LDC), el efecto relativo del contrato (artículo 11 y siguientes, artículo 40) y la libertad contractual (artículos 10, 14, 15, 21 y 24)[141]. Incluso las normas aplicables a los contratos dejan de ser supletorias, como la mayoría de las que integran el Código Civil y Comercial, porque el propio legislador consagra en el artículo 65 el carácter de orden público de la LDC, aplicable a los contratos de consumo, y por lo tanto la vuelve inderogable por la voluntad de las partes.

Es decir que la idea de relación de consumo con la que el derecho del consumidor demuestra su evolución, remite al vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor[142] sin importar en la existencia o no de un contrato (y mucho menos en su gratuidad u onerosidad) porque puede tener su causa fuente en un acto jurídico bilateral pero también unilateral, en un hecho jurídico, en un hecho ilícito o en una conducta (tal el caso de las prácticas abusivas que no son cláusulas contractuales sino conductas que despliega un proveedor)[143].

De todos modos, la profunda transformación que ocasionó la reforma constitucional en el sistema jurídico al convertir una protección reservada a supuestos contractuales en otra más amplia con fuente en una manda supralegal, no buscó

---

[141] QUAGLIA, MARCELO CARLOS, "La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales", diario La Ley del 19 de abril de 2006.

[142] La problemática respecto de la delimitación de los conceptos de "proveedor" y "consumidor" no será objeto de un tratamiento minucioso atento que excede el interés de este trabajo, pero se hará referencia a los textos legales que los definen en el acápite dedicado al consumidor inmobiliario.

[143] Afirman Luis R. Carranza Torres y Jorge O. Rossi que "nuestra Constitución Nacional, en su art. 42, concede un plexo de derechos al consumidor, en tanto y en cuanto es parte de una 'relación de consumo', lo que permitió a la doctrina y jurisprudencia sostener que se trata de un vínculo que puede ser de carácter contractual o extracontractual, según el caso" (CARRANZA TORRES, LUIS R. y ROSSI, JORGE O., *Derecho del consumidor. Derechos y Acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009, p. 11). Es así que, luego de dejar a salvo que "la relación jurídica de consumo es una definición normativa", Ricardo Lorenzetti se inclina por definirla "de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido; antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles" (LORENZETTI, *Consumidores, op.cit*. pp. 84 y 85). En tal sentido ha sido definida por el art. 3° de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, modificado por la ley 26.361.

significar un límite al desarrollo empresarial sino más bien provocar una adaptación del sector para no quedar sometidos a las consecuencias del régimen específico.

VI.3 La ley 26.361 y la adecuación constitucional

La modificación de la LDC por parte de la ley 26.361[144], de carácter integral, adecuó la ley de fondo al texto constitucional al ampliar el ámbito de protección en los aspectos subjetivo y objetivo respecto del texto original y de este modo le permitió comprender operaciones y actividades que antes eran regidas con exclusividad por los Códigos de fondo[145].

La revelación constitucional de una relación consumo que trasciende la idea del contrato provocó la preocupación del legislador de la ley 26.361 que se vio estimulado para reglar situaciones omitidas[146].

---

[144] Sancionada el 12 de marzo de 2008, promulgada parcialmente el 3 de abril de 2008 por el decreto 565/2008 y publicada el 7 de abril de 2008. No fue fácil el camino hasta el dictado del texto definitivo de la ley. En marzo de 2006 se inició por la Cámara Baja su trámite parlamentario y luego de su tratamiento en comisiones, el proyecto originario obtuvo con reformas su media sanción en agosto del mismo año. Ya en el Senado, la propuesta fue aprobada el 19 de diciembre de 2007, luego de sufrir nuevas modificaciones puestas de manifiesto en el dictamen de la Comisión de Legislación General, razón por la que debió retornar a la consideración de la Cámara de Diputados donde obtuvo su sanción. La promulgación parcial obedeció al veto por parte del Poder Ejecutivo del artículo 32 de la ley que dejaba sin efecto el carácter subsidiario, para pasar a la plena aplicación, del régimen del consumidor en materia de transporte aéreo de pasajeros. Las idas y vueltas no sólo reflejan el conflicto de intereses en juego sino que explican la falta de precisión del producto legislativo, tal como lo explicaremos a lo largo de este estudio.

[145] Por esta razón, no coincidimos con el decreto 565/2008 que promulga en forma parcial la ley de reformas 26.361, cuando en sus considerandos el Poder Ejecutivo afirma que las normas de defensa del consumidor "no constituyen normas de fondo sino que resultan reglas protectivas y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente".

[146] Aunque desarrolle la idea constitucional de la relación de consumo, la ley 26.361 no instala al consumidor en este vínculo ni lo consagra como objeto de la protección legal, aunque podría haber optado por esta vía. Sin embargo, la elección por el silencio implicó sin más la compatibilidad de la ley a la norma constitucional (entre las cuales configuran un sistema integrado) que consagra a la relación de consumo como pauta esencial a la hora de construir el régimen de defensa del consumidor. No era necesario un texto expreso para admitir el amparo del consumidor instalado en la relación de consumo, pues este principio resulta una consecuencia de la nueva norma constitucional que colisionaba con el texto originario de la ley 24.240, cuyo objeto de defensa era sólo el consumidor en una relación contractual onerosa. En esta línea de pensamiento, en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Buenos Aires en el año 2013, se concluyó que "En el régimen vigente la relación de consumo emerge como el ámbito integrador de la tutela constitucional y legal (conf. artículo 42 CN y artículo 3 Ley 24.240), dado que delimita el alcance objetivo de aplicación del régimen tuitivo, y sirve de contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema protectorio" (Comisión nro. 8, Derechos del Consumidor, tema "La relación de consumo y el contrato de consumo. Protección contra el sobreendeudamiento", conclusión 1 del título "Relación de Consumo").

a) En primer lugar, se dejó de lado la concepción clásica del derecho de fondo en cuanto a restringir la protección al único momento de la celebración del contrato (oferta y aceptación) casi sin reparar en la etapa anterior, circunstancia que hacía discutir si surgía de la letra del Código Civil la existencia de la responsabilidad precontractual. El amparo al consumidor no se limita entonces a la época de la celebración del vínculo, que sólo implica uno de los pasos en el contacto que se concreta entre las partes, sino que la relación de consumo comprende todas las etapas vinculadas por el contrato, el cual comienza a ser abordado como un vínculo dinámico, en movimiento, que relaciona jurídicamente a los contratantes en el tiempo y que merece protección mientras subsista su interés. En consecuencia, la LDC regula temas como la oferta y la publicidad (propios de la instancia precontractual), las formalidades al momento de la celebración del contrato, la etapa post contractual de cumplimiento (voluntario o forzoso), e incluso el vínculo entre las partes aún ya cumplidas las prestaciones.

b) La equiparación al consumidor de "*quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*" (artículo 1 LDC, texto según ley 26.361) permitió incluso ampliar el ámbito espacial de la protección, en consonancia con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que brindó la protección del estatuto del consumidor a quien se encontraba "*en las inmediaciones*" del espacio físico donde se celebraba el espectáculo que había dado lugar a la relación de consumo directa[147].

c) Por último, y en orden a la pluralidad de intereses que presenta el derecho del consumidor, la relación de consumo permite incorporar como obligados a distintos sujetos que en la regulación del derecho de fondo carecían de legitimación pasiva frente al reclamo resarcitorio del damnificado. Explica Federico Álvarez Larrondo que desaparece la idea de cadena de contratos en la que el consumidor sólo se vincula contractualmente con el último eslabón y extracontractualmente con los antecesores, para dar paso "a un único vínculo con todos y cada uno de los integrantes de la cadena considerados como unidad"[148]. Es así que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán en forma solidaria todos los integrantes o partícipes de la cadena de

---

[147] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 06/03/2007, La Ley 2007-B, 261, con nota de Atilio A. Alterini.

[148] ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., "Consumidores: 20 años que cambiaron el Derecho argentino", La Ley Suplemento Constitucional, octubre 2014, nro. 6, p. 13.

producción, salvo quien demuestre “que la causa del daño le ha sido ajena” (artículo 40 LDC) y por tanto en este caso podrá liberarse total o parcialmente. Todos los posibles demandados deben velar por la seguridad de los consumidores en un plano de igualdad y son equiparados en cuanto a la responsabilidad y a la obligación de cumplir con el artículo 42 de la Constitución Nacional. Quienes quedan comprendidos entre las personas a demandar representan eslabones de una cadena en cuyo extremo se encuentra el consumidor, a quien no tiene por qué importarle el grado de participación de aquellos a la hora de exigir el resarcimiento. Estos cambios han llevado a Trigo Represas a afirmar que "en el marco del Derecho del Consumo…la distinción entre ámbito contractual y extracontractual ha desaparecido, aplicándose un régimen único de carácter constitucional que brinda igual protección a todos los consumidores en el marco de la relación de consumo".[149] Más aún, la amplitud del régimen protectorio permite borrar distinciones entre el derecho privado y público, pues la complejidad de su temática exige la intervención de los actores en los dos ámbitos.

En conclusión, con las normas que brindan un amparo específico a la parte consumidora frente a la existencia de una relación de consumo, aquella no está protegida por ser consumidora sino más bien por formar parte de la relación de consumo. Es decir que no alcanza con calificar como consumidor al sujeto siguiendo los parámetros legales para convertirlo en merecedor de la protección, sino que el amparo requiere estar involucrado en el vínculo jurídico llamado relación de consumo con quien califique legalmente como proveedor. La normativa específica protege al consumidor en el marco de una relación de consumo y si esta no existe, aunque haya consumidor, no hay normas específicas aplicables al caso. Esto no implica que un consumidor quede a la deriva legal si no integra una relación de consumo, pues cuenta con otras normas que lo protegen, pero no las propias del derecho del consumidor. Del mismo modo, puede haber proveedores que se vinculen con sujetos que no son consumidores.

VI.4 La incidencia del dictado del Código Civil y Comercial de la Nación

La Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante Código Civil y Comercial—, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena

[149] TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Responsabilidad por daños sufridos por la caída de un consumidor en un supermercado, provocada por pisos en mal estado”, diario La Ley del 2 de mayo de 2011, La Ley 2011-C, 1.

Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, de acuerdo a los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, se encargaron de presentar los "Fundamentos" del por entonces "Anteproyecto" donde explicaron las razones para decidirse por incluir en el texto de su obra una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", en lugar de reproducir reglas específicas de la legislación de los consumidores. Agregaron que el texto proyectado respetaba "los otros microsistemas normativos autosuficientes" y por tal razón, se cuidaron de no modificar las leyes salvo excepciones, tal como la LDC, cuya reforma parcial pretendió ajustar su texto "en los puntos que la doctrina ha señalado como defectuosos o insuficientes".

Afirmaron los autores que la derogación de la ley específica no era aconsejable debido a que la dinámica de las relaciones de consumo las vuelve cambiantes haciendo "*insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada*" a diferencia del Código que también puede ser reformado, pero resulta más difícil en relación a una ley especial. Añadieron que una única regulación se vuelve impropia frente al fraccionamiento de la legislación del consumo según cada vínculo particular (contratos financieros, bancarios, medicina privada, etc.) y se beneficia la coherencia del sistema por cuanto las reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil o contratos del Código complementan la ley especial y brindan un lenguaje normativo común. Con esta elección del método legislativo, no hay obstáculos para que una ley especial establezca mejores condiciones respecto de esta regulación de mínima que actúa como "*un núcleo duro de tutela*" que no puede ser derogado por ninguna ley especial, cuyo intérprete deberá recurrir al Código no sólo en lo no regulado en aquella sino además "*para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor*".

En esa senda —y con la idea que se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto de receptar las críticas doctrinarias a la legislación especial protectoria— la ley 26.994 de sanción del Código Civil y Comercial pretendió mejorar la redacción de algunas de las soluciones de la LDC (sustituyó los artículos 1, 8, 40 bis y 50) e introdujo nuevas en el propio Código, como por ejemplo la del Título Preliminar por la cual las nuevas leyes supletorias son aplicables a las relaciones de consumo en curso de ejecución en caso de resultar más favorables al consumidor (artículo 7), las que regulan los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas (artículos 984 a 989), los contratos conexos (artículos 1073 a 1075) e incluso los contratos de

consumo (artículos 1092 a 1122)[150]. Tales inclusiones demuestran la estrecha vinculación entre el derecho del consumidor y los derechos civil y comercial —sobre la que ya daba cuenta la regulación de los contratos de consumo y de la responsabilidad civil en la LDC—, a pesar de que la ley específica contiene normas que exceden estas ramas del derecho privado pues incluye en su articulado previsiones propias de los derechos administrativo, penal y de procedimiento, variedad que bien pudo haber determinado que cualquier incorporación o modificación de su normativa no integre el código unificado.

VI.5 Naturaleza estatutaria del derecho del consumidor

El sistema protectorio del consumidor se integra por la Constitución Nacional donde se reconocen los derechos fundamentales, por el Código Civil y Comercial que recepta principios[151] y reglas generales a modo de protección mínima y por la legislación especial que contiene la reglamentación fácilmente modificable, entre la que se encuentra la LDC. La legislación específica no regula todos los aspectos jurídicos de los hechos o actos que sirven de objeto a las relaciones de consumo sobre las que recae la protección, sino que su contenido debe integrarse, con otras ramas jurídicas que le suministran conceptos o regulaciones.

Más allá de las discusiones acerca de la autonomía del derecho del consumidor, la noción de *relación de consumo* introduce al intérprete en un *microsistema normativo* (es decir, un pequeño ordenamiento autónomo con reglas propias, no siempre innovadoras), que estaría conformado por la Constitución Nacional, por el Código Civil y Comercial (según surge de modo expreso del artículo 3 de la LDC), por la propia LDC, por la ley de lealtad comercial (ley 22.802) y por la ley de defensa de la

---

[150] Algunas innovaciones del Código Civil y Comercial en el régimen general de responsabilidad civil resultan aplicables a los daños sufridos a consumidores y usuarios y pueden ser consideradas beneficiosas a su respecto, tales como la función preventiva de la responsabilidad civil (artículos 1710 a 1713), los nuevos legitimados activos y los nuevos daños resarcibles (artículo 1738), las nuevas pautas en el régimen de responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (artículo 1757) y la eliminación de la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta la conclusión del proceso penal en los casos que la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad (artículo 1775 inciso "c").

[151] En el artículo 11 recepta la protección al abuso de la posición dominante, el artículo 1094 se refiere a los principios de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable, y el artículo 1095 menciona el principio según el cual en caso de duda debe estarse a lo más favorable al consumidor. Ya en el año 2009 Fulvio Santarelli alertaba que las normas de la LDC iban "tomando una impronta más principista que reglamentaria de los derechos específicos de los consumidores, ya que la realidad presenta cuestiones que más de las veces son resueltas por la inspiración valorativa de sus dictados; es que una realidad dominada por la necesidad de la innovación presenta matices que reclaman también un orden normativo específico" (SANTARELLI, FULVIO, "Hacia el fin de un concepto único de consumidor", diario La Ley del 7 de septiembre de 2009, La Ley 2009-E, 1055).

competencia (ley 25.156). A este subconjunto cabría completarlo no sólo con las reglamentaciones de algunas de aquellas leyes sino también con otras leyes especiales que regulan vínculos de consumo particulares, tal como la Ley de Tarjetas de Crédito 25.065 o la Ley Nacional de Turismo 25.997, y por la normativa provincial.

Este microsistema, en permanente manufactura por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, se abastece de normas y criterios propios que no siempre son acordes con los principios generales del orden jurídico global. Ante un supuesto de conflicto de normas, primará la más favorable para el consumidor (que por lo general serán las que formen parte del sistema especial), principalmente en virtud de la protección constitucional que recibe la *relación de consumo* sobre la que hacen referencia la LDC y el Código Civil y Comercial. Esta aplicación preeminente hace que el microsistema incluso deba ser aplicado por los jueces aún en el caso que las partes no funden en forma explícita sus pretensiones en las normas que lo componen[152].

Pero de la LDC surge que sus disposiciones "*se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo*" (artículo 3, texto según ley 26.361), mientras que el Código Civil y Comercial establece que "*en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor*" (artículo 1095). Es decir que se pueden adoptar para resolver conflictos en el marco de las relaciones de consumo todas las normas que le resulten compatibles (tales como las normas del derecho patrimonial o aquellas que no integran el sistema específico a las cuales la propia ley remite). Y en el caso de contradicción entre las normas deberá optarse por la más favorable al consumidor, sin que importe la jerarquía normativa[153].

---

[152] Habiéndose advertido la presencia de un contrato de consumo, se aplicó la LDC por el principio *iura novit curia*, con fundamento en que su normativa no es materia disponible por los particulares, en virtud del artículo 65 de la ley (Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, "*Jofre, Jorge Armando c/ COMASA S.A. y otro*", 12/08/2008, La Ley Patagonia 2008, diciembre, 544 con nota de Esteban Javier Arias Cáu, La Ley Online AR/JUR/8793/2008).

[153] El originario artículo 3 LDC disponía que "en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor", cuyo texto luego de la reforma por parte de la ley 26.361 quedó redactado en los siguientes términos: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor". Aunque la reforma puso su acento en la interpretación de los principios y no en los caracteres de la obligación y a pesar de que la LDC no enuncia los "principios" sobre los que refiere la norma (por lo que habrá que extraerlos por deducción), cabe interpretar que a pesar del cambio en el texto de la ley, no ha variado la solución en cuanto a que la interpretación debe favorecer al consumidor. Paralelamente, el artículo 37 LDC al referirse a la interpretación de los contratos, concluye en que "se hará en el sentido más favorable al consumidor" y que si existen dudas sobre el alcance de su obligación, "se estará a la que sea menos gravosa". Aunque ambos artículos apuntalan la regla "in dubio pro consumidor", por referirse la primera a la interpretación

Vale decir que la idea de la relación de consumo no va siempre ligada de modo exclusivo a la rama llamada *derecho del consumidor* porque ante la existencia de un vínculo calificado como tal, pueden resultar de aplicación otras normas que integran el ordenamiento pero que no forman parte del microsistema especial. A modo de ejemplos, la contratación de una tarjeta de crédito está regida por su normativa especial, pero por constituir una relación de consumo, tales reglas particulares deberán integrarse con las del Código Civil y Comercial y con las de la LDC de modo de aplicar las que sean más favorables para el consumidor; y a la adquisición de un inmueble que configure una relación de consumo, puede serle aplicable, además de la LDC, el Código Civil y Comercial (aunque no se trate de un contrato típico[154]) y alguno de los regímenes especiales (por ejemplo el de la ley 14.005[155]), y en caso de conflicto triunfa la más conveniente para el consumidor.

Se dice entonces que el derecho del consumidor es de naturaleza estatutaria porque no existe un único plexo normativo para encontrar la solución al conflicto y en cada caso el intérprete debe nutrirse de fuentes diversas para despejar la regulación legal aplicable. Deberá integrar las normas en todo momento porque la actividad económica es absolutamente diversa y está plagada de regulaciones que, paradójicamente, integran el derecho del consumidor en el caso concreto.

Por lo tanto, no se puede efectuar una enumeración de las normas que componen el derecho del consumidor como tampoco puede responderse a la pregunta sobre cuáles son los derechos del consumidor, porque a cada relación de consumo le serán aplicables una serie de normas que son las que constituyen el estatuto del consumidor en ese único supuesto, según las que más convengan al beneficiario de la

---

de los principios de la misma ley y la segunda a la interpretación del contrato, no resultan de aplicación directa para resolver la situación de duda en cuanto a la ley aplicable.

[154] En un contrato de adquisición de inmueble que se desarrolló a través de un sistema de adjudicación de viviendas mediante el pago en cuotas, se dijo que no es una simple compraventa sino que es un contrato atípico con elementos de la compraventa, de la locación de obras, de servicios y del mandato. Pero de todos modos, si la razón final radicaba en la adquisición por los suscriptores del plan, de una vivienda cuyas características constaban en el contrato, podía considerarse a ese vínculo "*comprendido en la LDC en la medida en que concurran las otras exigencias legales*" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, "Medina, Andrés c/ Pilay S.A.", 27/07/2007, La Ley Litoral, noviembre de 2007, p. 1121, La Ley Online AR/JUR/5033/2007).

[155] Esta ley, publicada en el Boletín Oficial el 23 de octubre de 1950, establece los recaudos de validez de los contratos que tengan por objeto la venta de inmuebles fraccionados en lotes, cuyo precio haya de ser satisfecho por cuotas periódicas, cuando la escritura no se otorgue de inmediato. La LDC no incluye los requisitos de la ley 14.005 y conserva un ámbito de aplicación exclusivo en los supuestos excluidos por esta última, por ejemplo la adquisición de lotes individuales.

protección. Y a diferencia de las relaciones de derecho privado clásico en las que las partes tienen posibilidad de optar por la solución que les parezca más conveniente, el estatuto del derecho del consumidor se aplica necesaria y obligatoriamente al caso concreto.

Es por la multiplicidad de fuentes de protección que el mayor impacto del derecho del consumidor ha sido su preeminencia normativa frente a otras regulaciones (artículo 3 LDC), pero no su creatividad. A la hora de introducir institutos de protección, el legislador ideó unos pocos propios, y los otros que ya estaban vigentes sufrieron una reformulación de modo de convertirlos en funcionales a las respuestas al desequilibrio en la relación de consumo y a exigirle al proveedor que sea riguroso con aquello que intenta colocar en el mercado.

De este modo el legislador no hizo más que adaptar institutos clásicos a una realidad jurídica inconcebible al momento en que fueron creados, porque de lo contrario no serían útiles para resolver los conflictos que plantea el derecho del consumidor. Incluso no tuvo otro remedio que integrar la normativa específica con los institutos clásicos del derecho privado, como por ejemplo cuando regula en la LDC aspectos vinculados con la oferta, con los vicios redhibitorios o con la responsabilidad civil, pero en todos los casos los conceptos y presupuestos surgieron del Código de fondo. Valgan también estos ejemplos para demostrar el carácter estatutario del derecho del consumidor.

Por último, si una persona puede ser consumidor en un caso y proveedor en otro, la normativa de protección al consumidor no debe ser considerada un estatuto personal, porque, de serlo, su regulación debería dirigirse sólo a una porción estable de la sociedad. Sin embargo, la calificación de una persona como “proveedor” o “consumidor”, a efectos de incluirla en una relación de consumo protegida por el régimen legal, debe cumplirse en cada caso concreto (a pesar de que la ley los defina en abstracto), pues es el caso particular el que los inviste como tales.

VI.6 La protección del consumidor inmobiliario

VI.6.1 Aclaraciones previas

Si bien el concepto de consumidor es único y no admite fragmentaciones de las cuales el intérprete pueda derivar protecciones diferentes según operaciones

económicas individuales, no se puede dejar de admitir la existencia de rasgos diferenciales en diversas actividades donde tienen lugar relaciones de consumo a las que el propio legislador ha dotado de instrumentos específicos para profundizar la protección[156]. Una de esas actividades es la inmobiliaria, rubro que justifica el análisis específico de su problemática y en el cual se identifica al sujeto beneficiario como *consumidor inmobiliario*[157].

Aunque en todos los casos la llave de acceso a la protección especial sea la relación de consumo —entendida como el vínculo jurídico entre proveedor y consumidor de acuerdo a los artículos 3 LDC y 1092 del Código Civil y Comercial— que puede exceder el marco del contrato, tratándose de un consumidor inmobiliario el amparo debe circunscribirse al contrato de consumo sin importar quien integra la relación contractual o cuál es el objeto del vínculo. Esto así porque en el marco inmobiliario, la relación de consumo sólo se concreta en los diferentes contratos que se perfeccionen entre consumidores y proveedores.

La protección de los institutos de tipo adjetivos[158] y sustanciales[159] que el microsistema dispensa al consumidor de cosas muebles y servicios puede hacerse

---

[156] De ahí que "reconocer la necesidad de regulaciones normativas especiales para determinadas áreas de la contratación con consumidores no implica fragmentar el concepto unitario desde el cual se organiza la tutela general y principista contenida en la Ley 24.240, asentada además en normas de raigambre constitucional" (HERNÁNDEZ, CARLOS y FRUSTAGLI, SANDRA A., "La delimitación de la categoría jurídica de ´consumidor´ en el Derecho Nacional", ponencia presentada en la Comisión "La categoría jurídica de ´consumidor´" de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en el año 2011).

[157] El microsistema de defensa del consumidor para las transacciones inmobiliarias requiere un tratamiento específico acorde con la complejidad negocial y el valor social de los bienes tutelados (BARBAGALLO, MIGUEL ANGEL, "La protección del consumidor inmobiliario ante la ley 26.361, ponencia presentada en la Comisión "Derechos del consumidor: incidencias de la reforma introducida por la ley 26.361" de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en el año 2009).

[158] En lo que hace a los mecanismos procesales, la LDC regula los métodos alternativos para la solución de conflictos del consumo (tales como, por ejemplo, la conciliación o el arbitraje), el procedimiento de policía administrativa en el ámbito específico, las acciones penales que puedan derivarse si del sumario surgiese la eventual comisión de delito y, por fin, crea mecanismos procesales para resolver los conflictos judiciales derivados de las relaciones de consumo, los cuales, conforme sus propias previsiones, son de orden público, de aplicación nacional y tienden a facilitar el acceso del consumidor de bienes y servicios a la justicia sin distinción alguna, es decir, sin dejar de lado al consumidor inmobiliario. Además, la LDC prevé que las actuaciones judiciales que se inicien por los derechos establecidos en la ley gozan del "beneficio de justicia gratuita" y deben tramitar bajo "las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado" (artículo 53). Por su parte, la ley 26.993 crea un fuero específico en el ámbito nacional y un sistema ágil de resolución de conflictos en las relaciones de consumo.

extensiva entonces al contratante inmobiliario que revista la categoría de consumidor, quien podrá valerse de la protección con prescindencia de los modelos contractuales que celebre para convertirse en tal (los cuales con el correr del tiempo se fueron diversificando).

VI.6.2 El proveedor en la relación inmobiliaria de consumo

Uno de los extremos de la relación inmobiliaria de consumo está constituido por el proveedor, cuyo concepto fue objeto de una evolución a través de los años conforme las modificaciones que sufrió la LDC.

Según la redacción originaria del artículo 2 LDC, quedaban obligadas al cumplimiento de la normativa especial como proveedores "todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios". La amplitud del inicio de la fórmula que hablaba de "todas las personas" era más aparente que real, pues el criterio restrictivo se dejaba ver en la aplicación del artículo sólo a los casos expresamente enumerados en la ley, e incluso con variadas excepciones.

Con la reforma al artículo 2 de la LDC por parte de la ley 26.361 el proveedor pasó a ser definido como "la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios"[160]. La referencia a la actividad de "comercialización" —más amplia que el

---

[159] La mayoría de los institutos protectorios de fondo que surgen de la LDC han servido de aplicación automática al consumidor inmobiliario (la conexidad contractual, la acción directa del consumidor hacia el proveedor, el deber de información del proveedor, etc.), y unos pocos requirieron una interpretación extensiva para poderlos hacer valer en este ámbito particular (tales los casos de los vicios redhibitorios originariamente previstos en la LDC para las cosas muebles, o la resolución contractual por parte del adquirente aún en mora).

[160] Afirma Jorge O. Rossi que la Ley de Defensa del Consumidor "nació enfocada fundamentalmente a la comercialización de servicios y cosas muebles" y cita como apoyo el artículo 1 del texto original que en materia de inmuebles sólo se aplicaba a la adquisición los nuevos y destinados a vivienda o a lotes adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas. Agrega que la reforma para llegar al texto actual "no implicó una readecuación integral del texto" sino que se trató de "un parche que, como todo parche, no queda del todo bien" ; y brinda como ejemplo este artículo 2 que a su juicio parece no haber sido pensado para los inmuebles (ROSSI, JORGE O., "El consumidor y el ´adherente´ inmobiliario en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial", 25-10-2016, MJ-DOC-10335-AR I MJD103359). En sentido coincidente con la definición legal, para

término "venta"— permite comprender como sujetos no sólo a los dueños, sino también a los titulares de otros derechos[161]; el proveedor que se vincula con el consumidor inmobiliario podrá ser entonces quien construye, por ejemplo[162]. Además, la enunciación de un mayor número de actividades por las que puede ofertar bienes y servicios, determina que no siempre el proveedor será un comerciante, sino que también podrá tratarse de un ente público. En ambos casos, siempre y cuando la persona desarrolle la actividad en forma profesional, aunque lo haga ocasionalmente e incluso por una sola vez.

De esta última salvedad se desprende que la exigencia de profesionalidad que define la figura del proveedor no debe entenderse como sinónimo de habitualidad sino de experticia en relación a la actividad que constituye el objeto del vínculo en cada caso. Aunque parezca insólito que no se requiera la habitualidad a la hora de caracterizar un acto como profesional (pues resultará difícil encontrar ejemplos de profesionalidad ocasional), es claro que lo que la ley exige es que el acto forme parte de un proceso productivo en el mercado, es decir que cumpla un recaudo de tipo objetivo.

Adriana N. Abella el proveedor, "es toda persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios. La profesionalidad no exige habitualidad sino que se relaciona con el conocimiento del negocio" (ABELLA, ADRIANA N., "El tiempo compartido y los derechos de tercera generación", La Ley 2010-B, 81, comentario al fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala B, "Cantarella, Lidia Juana y otro c/ Brenna y Asociados S.A.", 21/10/2009).

[161] Indica Eduardo L. Gregorini Clusellas que "los dos contratos principalmente involucrados en lo que podemos denominar 'relación de consumo inmobiliaria' son la compraventa y la locación de obra, pero ello no excluye la locación de servicios en algunas figuras inicialmente no consideradas, como las prestaciones de servicios involucrados en los *countries*, clubes de campo o barrios cerrados, por ejemplo, o bien el involucramiento indirecto de figuras como la del fideicomiso regulado por la ley 24.441, de creciente utilización en la contratación para construir" (GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26361", SJA 28/5/2008; Jurisprudencia Argentina 2008-II, 1261, Abeledo Perrot Online Nº: 0003/013845).

[162] Con fecha 26 de agosto de 2014, la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en autos "Bawil S.A. c/ D.N.C.I. – Disp. 79/13" (publicado en La Ley Online AR/JUR/50000/2014), confirmó la multa impuesta por una disposición emanada de la Dirección Nacional de Comercio Interior a través del Subsecretario de Comercio Interior a la sociedad constructora por incumplimiento de los términos y condiciones con los que fue ofrecida y convenida la construcción del inmueble afectado al régimen de la propiedad horizontal, en infracción a lo dispuesto por el artículo 19 de la ley 24.240 y del inciso "c" del artículo 10 de su decreto reglamentario. Las actuaciones se habían iniciado a raíz de la denuncia formulada ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor por gran parte de los titulares de las unidades funcionales del edificio y por el administrador del consorcio de propietarios. Disconforme con lo resuelto en sede administrativa, la sancionada solicitó la revisión judicial del acto en los términos del artículo 45 de la ley 24.240.

La misma norma excluye como proveedores a los profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, salvo que el reclamo se vincule con "la publicidad que se haga de su ofrecimiento" mediante la que se capta al consumidor potencial indeterminado (artículo 2 LDC), o cuando actúe "*a nombre del proveedor*" (artículo 8 bis LDC)[163], o cuando la actividad se ejerza "*en forma de empresa, en la que se diluye la figura del profesional liberal para conformarse en la de proveedor*"[164]. Incluso en un caso en el que una martillera pública que no contaba con autorización de parte del dueño del inmueble no pudo lograr la firma de éste en el contrato de alquiler luego de haber recibido las sumas acordadas por parte del inquilino, se decidió condenarla al pago de los daños y perjuicios en aplicación de la normativa de la LDC, pues se priorizó "la faz transaccional, comercial, (antes) que la profesional"[165].

En el último estrato de la evolución legislativa, si bien el Código Civil y Comercial no modifica el artículo 2 LDC referido al proveedor en general, al momento de definir el contrato de consumo (artículo 1093) hace clara referencia al proveedor contractual como la persona humana o jurídica que actúe "profesional u ocasionalmente" o la "empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada" que celebra el contrato con un "consumidor o usuario final". La norma no nombra al "proveedor" como tal, pero no puede concluirse en un sentido distinto desde que el contrato de consumo es una especie del género "relación de consumo", que es definida por el artículo 1092 como el "vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor". En este contrato que tiene por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social (y cuya tipificación expresa es una novedad en nuestro derecho[166]), la

---

[163] Por ejemplo, en el campo inmobiliario se aplica el estatuto del consumidor al corredor que celebra un contrato de compraventa de una unidad funcional actuando como representante del proveedor, es decir sin que su función se limite a acercar a las partes.

[164] LORENZETTI, *Consumidores*, *op.cit.*, p. 115.

[165] Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, "Sumarísimo por Defensa del Consumidor: Chambi, Carlota c/ Ibáñez, Teresita Beatriz y Grupo Noa Estudio Inmobiliario", 24/10/2012, Infojus: NV3714.

[166] Opina Carlos A. Hernández que, como una de las claves de su "Teoría del contrato", el Código Civil y Comercial articula el concepto de contrato con un esquema de tipificación moderno que trasciende las fronteras tradicionales de los contratos en particular al fragmentar al contrato de consumo del tipo general de contrato. No sin antes razonar que esta es "la principal y más rica novedad que emerge del Código Civil y Comercial sobre la materia", concluye diciendo que tal fraccionamiento "no desconoce la pertenencia del contrato de consumo a la ´Teoría del contrato´, lo que supone la posibilidad de recurrir a sus reglas y

norma admite la posibilidad de que una actuación ocasional no profesional sea suficiente para que la persona humana o jurídica pueda ser parte como proveedor de un contrato de consumo, pues la conjunción disyuntiva "u" descarta la exigencia conjunta de ambas calidades.

VI.6.3 La evolución del concepto de consumidor (con referencia al consumidor inmobiliario)[167]

VI.6.3.1 La redacción originaria

Según el artículo 1 del régimen original, se consideraban consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contrataban a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social, "la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin,[168] cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas" (inc. c). La norma había sido reglamentada por el artículo 1 del decreto 1798/94[169] que extendía la aplicación del estatuto del consumidor a las ventas de "viviendas prefabricadas" o de "los elementos para construirlas".

La amplitud del término "adquisición" (que comprende distintos tipos contractuales más allá de la compraventa de un inmueble terminado)[170] contrastaba

---

principios, en la medida en que no violenten su especialidad" (HERNÁNDEZ, CARLOS A., "El ´contrato de consumo´ en el contexto de la ´teoría general del contrato´. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica)", Jurisprudencia Argentina. 2016-I, pp. 12 y 13).

[167] Explica Carlos A. Molina Sandoval que *"la noción de consumidor se utiliza en dos sentidos distintos: uno abstracto y otro legal. La 'abstracta' incluye como consumidores a todos los ciudadanos en cuanto aspiran a tener una adecuada calidad de vida, no sólo como consumidores o usuarios de bienes o servicios para uso familiar, sino también como persona a la que conciernen distintos aspectos de la vida social. Conforme con ello, todos somos consumidores en potencia, aun cuando no realicemos un acto de consumo en sentido estricto" (*MOLINA SANDOVAL, CARLOS. A., *Derecho de Consumo,* Córdoba, Advocatus, 2008, p.12).

[168] La ley no aclaraba cuál era el criterio para identificar cuándo el lote que se adquiría iba a ser destinado a vivienda, indeterminación que dejaba librada la respuesta al criterio judicial. El destino de vivienda coincidía con el destino final que también exigía la norma para configurar la existencia de un contrato de consumo.

[169] Artículo 1 del Decreto 1798/94— a) Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis). b) En caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados. c) Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado.

[170] A modo de ejemplo, en el año 1997 se resolvió aplicar la LDC a un contrato celebrado con el objeto de adquirir una unidad de un edificio de propiedad horizontal en construcción (Cámara

con la falta de inclusión de algunos supuestos en el texto de la norma, por ejemplo si el inmueble no era "nuevo" o si la oferta no había sido "pública y dirigida a personas indeterminadas". Esta última exigencia había sido resistida por la doctrina porque dejaba sin protección legal al adquirente si la propuesta de contrato le había sido cursada por cualquier medio en forma directa[171].

Fue esta incorporación del adquirente inmobiliario dentro de los límites de protección de la LDC la que provocó el ya referido tránsito desde los contratos clásicos sobre inmuebles, regidos por un esquema que presumía la libre manifestación de voluntad de las partes, a los vínculos protegidos en primer lugar por la ley específica y luego por las normas imperativas de otras leyes aplicables, las cláusulas del contrato y el derecho supletorio[172].

VI.6.3.2 La ley 26.361

En el marco de la evolución legislativa por la cual la ley 26.361, según sus fundamentos y debates, produjo la adecuación de la LDC al texto del operativo artículo 42 de la Constitución Nacional que surge de la reforma del año 1994, tuvo lugar una significativa ampliación del universo de consumidores inmobiliarios que cuentan con la tutela jurídica especial en el marco de la relación de consumo que los liga con los proveedores.

El alcance del concepto de consumidor fue ampliado por la ley 26.361 a través de la modificación del artículo 1 de la LDC, el cual quedó redactado de modo de comprender a "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" como así también "a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como

---

Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala I, "Front S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones",13/07/1999, Jurisprudencia Argentina 1999-IV, 343).

[171] Carlos A. Hernández y David F. Esborraz no advertían razones sólidas para justificar la distinción, por lo que pensaban que la norma no debía aplicarse solamente a los destinatarios indeterminados de la oferta sino que el distingo legal apuntaba "a reafirmar el carácter profesional de la actividad del proveedor" (HERNÁNDEZ, CARLOS A. y ESBORRAZ, DAVID F. "Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria, Colección de Derecho Privado. Abuso del Derecho, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, 2006, Id. Infojus: DASF060078, p.29).

[172] Esta inclusión en el amparo específico da lugar a "una reconstrucción plena de las obligaciones de las partes y de los efectos de las adquisiciones conforme a las cláusulas protectorias de la ley 24.240" (ARIZA, ARIEL, "El consumidor inmobiliario y la prescripción", La Ley 2003-E, 737, p. 811).

destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo".

La amplitud de la fórmula expandió el ámbito subjetivo de la norma de modo de comprender en su regulación a los usuarios, los cesionarios, los posteriores adquirentes, a un tercero beneficiario que no haya sido parte de una relación de consumo, y a quien se exponía a una relación de consumo "*de cualquier manera*"[173].

La posibilidad por parte de un consumidor de invocar la protección de la ley cuando realiza la adquisición a otro consumidor no proveedor (que actúa como nexo con el proveedor), constituye una novedad de la reforma —que comprende a los no contratantes en el régimen especial—, a partir de la cual pueden distinguirse dos categorías de consumidores: los que forman parte de la relación de consumo y los que no. Ambos tienen iguales derechos si cumplen con el requisito de ser destinatarios finales e invocan el régimen protectorio frente al proveedor originario. La nueva decisión legal de eliminar la exclusión del amparo —que contenía el originario artículo 2 LDC— respecto de los "*contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas*", reafirma el vuelco hacia la protección del consumidor cuyo vínculo directo lo liga con otro consumidor y que a través de éste se relaciona con el proveedor.

A modo de ejemplo en el plano inmobiliario, si el consumidor final adquiere un inmueble a un vecino quien a la vez lo había adquirido de una persona que calificaba como proveedor (un profesional no universitario de la actividad inmobiliaria que no esté sometido al control de sus pares, como por ejemplo un constructor), el vínculo

[173] El ámbito subjetivo de aplicación desborda desde varios ángulos al antiguo texto pues la protección se extiende más allá de la relación de consumo y aun alcanza a quien interactúa como consecuencia o en ocasión de ella, incluyéndose a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. Y ello incluiría "a todos aquellos afectados (pero no adquirentes ni usuarios ocasionales) por la generación de productos inmobiliarios -por caso, grandes emprendimientos-, por las consecuencias nocivas de esta urbanización (inundaciones, perturbaciones en el sistema cloacal, etc.)" (MORELLO, AUGUSTO M. y DE LA COLINA, PEDRO R., "Aproximaciones sustanciales y procesales al consumidor inmobiliario en la ley 26361", SJA 25/6/2008; Jurisprudencia Argentina 2008-II-1158). En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – V Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrados en la ciudad de Córdoba en el año 2009, se había concluido que "En el ámbito de la ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal: a) Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso; b) Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente; c) Quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de la misma o quien resulta efectivamente afectado. La noción comprende, entre otras situaciones, a: 1) Los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales; 2) Los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor" (conclusión 4 del título "Consideraciones generales y ámbito de aplicación", Comisión de Derecho Interdisciplinario, Derechos del Consumidor).

entre estos dos últimos ingresa en el concepto de relación de consumo si la adquisición fue como destinatario final. El segundo adquirente también será destinatario final pero su adquisición surgirá a partir de una previa relación de consumo, de la cual no fue parte. Si surgiera un conflicto respecto de los vicios ocultos del inmueble y no estuviera fenecido el plazo de prescripción, el segundo adquirente podría invocar los beneficios de la LDC contra el proveedor. Incluso si hubiera varias transmisiones sucesivas, el último adquirente también podría invocar los beneficios de la ley especial contra el proveedor que dio inicio a la relación de consumo, ya que la ley no establece límites al reclamo[174].

Cabe dejar en claro que en estos casos el último adquirente no podrá invocar el régimen especial contra su transmitente si entre ambos no se configura una relación de consumo, es decir si el transmitente no es proveedor, como sería el caso de un constructor o un desarrollador, ambos profesionales de la actividad. Dicho vínculo será regido por las disposiciones propias del tipo contractual elegido.

Al referir el artículo 1 LDC que la adquisición puede ser gratuita u onerosa[175], no deja lugar a dudas en cuanto a que la onerosidad no constituye un recaudo imprescindible para calificar a la relación como de consumo. Sin embargo, su configuración como tal impone que la liberalidad se vincule con una conducta tendiente a atraer clientela por parte del proveedor, a quien el artículo 2 LDC le exige que sus actividades se destinen a consumidores. Y no importa si hubo transferencia de un derecho real hacia el consumidor pues basta la mera utilización, como en el caso de un locatario o un comodatario, como ejemplos de usos oneroso y gratuito, respectivamente.

Como cierre, adelantamos que esta evolución del concepto de consumidor no fue tal en cuanto a la defensa de los adquirentes de unidades sometidas al régimen de propiedad horizontal, para quienes la expansión del concepto de *consumidores* no ha ido de la mano con un incremento de la protección.

VI.6.3.3 El alcance de la expresión "destinatario final"

---

[174] RUSCONI, DANTE, "La noción de ´consumidor´ en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", Jurisprudencia Argentina 2008-II-1225.

[175] La gratuidad fue incorporada por primera vez en el inciso "a" del artículo 1 del decreto 1789/94 que consideraba asimismo consumidores a quienes "*en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis)*".

La vaguedad de la frase "destinatario final" permite que su sentido definitivo pueda disputarse entre dos teorías. De acuerdo a la teoría que llamaremos *objetiva*, el destino final implica la desaparición fáctica del bien, es decir la extinción física. Por su parte, para la teoría que consideramos *subjetiva* el destino final se configura cuando el adquirente hace salir el bien del mercado, agote o no su existencia física.

Consideramos que verificar el cumplimiento de la exigencia de la ley en cuanto a que el consumidor se trate de un "destinatario final" implica primero cotejar el destino de lo adquirido con la actividad del consumidor para luego poder concluir que la adquisición no se vincula con su actividad profesional o con otra actividad productiva o lucrativa (sin que corresponda detenerse en el motivo de la persona para consumir).

Es por eso que adherimos al pensamiento de Sandra A. Frustagli y Carlos A. Hernández, para quienes el concepto de consumidor se estructura en relación a lo que denominan "*concepción económica de consumo*"; es decir que la idea de destinatario final implica que el producto o servicio "*es retirado del mercado no volviéndoselo a reinsertar en él mediante su incorporación a un nuevo proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios*", idea que reafirma el propio artículo 1 de la LDC cuando exige que el bien o servicio puede ser empleado para uso privado, familiar o social[176]. Entonces, si sólo se exige el carácter de destinatario final para gozar de la protección al consumidor, basta con no volver a comercializarlo inmediatamente incorporándolo como parte de una cadena de producción (por ejemplo vender el inmueble, o alquilarlo para obtener una renta) se haya extinguido materialmente o no.

En materia inmobiliaria el *destino final* debe identificarse con el uso del inmueble, aunque no se destine a vivienda, ni sea nuevo y no haya mediado oferta pública dirigida a personas indeterminadas, tales los criterios para gozar del amparo en la redacción originaria de LDC. Dicho *destino final* debe tener en cuenta que el aprovechamiento sea definitivo (al menos en lo inmediato), criterio que excluye las adquisiciones de inmuebles con fines comerciales o industriales.

Es entonces la finalidad de la adquisición el criterio que permite calificar al adquirente como consumidor. A veces el destino inmediato que se le dará a la unidad (particular, comercial, de inversión, etc.) ya viene dado por la naturaleza del inmueble (edificio de oficinas) y en otras el principio de interpretación a favor del consumidor

---

[176] FRUSTAGLI, SANDRA A. y HERNÁNDEZ, CARLOS A., "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", SJA 28-05-2008, Jurisprudencia Argentina, 2008-II-1212, Abeledo Perrot Online N° 0003/013844.

lleva a que la sola declaración del consumidor de haber realizado una adquisición de consumo, obliga al legitimado pasivo a probar lo contrario. Pero será muy difícil concluir en la existencia de un consumidor inmobiliario amparado por la LDC en los casos en que la construcción del edificio es realizada por una sociedad[177], una mutual o cooperativa[178] a partir de la que el adquirente accede a su unidad por su carácter de miembro. Dada la amplitud de la ley para tener por configurado el carácter de consumidor, incluso el locatario que no destine el inmueble alquilado a un fin comercial también es destinatario final y por ende consumidor, pues no aprovecha el inmueble para la satisfacción de una finalidad económica.

Más allá de que no se discute que el fideicomiso puede aplicarse a la adquisición de unidades en un edificio a construir, que ofrece garantías para que el emprendimiento se concrete y que quien adquiere por esta vía merece la protección del microsistema del consumidor, cobra entonces una singular relevancia la tarea de

---

[177] Si bien referido al cobro de gastos de mantenimiento del complejo, se dijo al respecto que "*la circunstancia de revestir el demandado carácter de accionista de la sociedad anónima actora, en modo alguno impide calificarlo como usuario del tiempo compartido. Caso contrario, mediante el simple recurso instrumental incorporado a un contrato de compraventa de acciones, se violentaría toda la protección legal de orden público establecida en la ley de defensa del consumidor nro. 24.240*" (Cámara Nacional Comercial, Sala F, "Playa Palace S.A. c/ Peñaloza Leandro Hipólito s/ ordinario, incidente de ejecución de sentencia", 5/10/2010, MJ-JU-M-60868-AR).

[178] Haciendo aplicación de la conexidad contractual para habilitar el reclamo de cumplimiento a la entidad mutual por la adquisición de una vivienda, se resolvió con cita de Gustavo Orgaz ("Aplicación de las normas de defensa del consumidor en las cooperativas y las mutualidades", LLC 2008 (marzo), p. 133) que "…no parecería existir razón alguna para impedir, limitar o condicionar la vigencia de las normas de defensa del consumidor en el ámbito de las cooperativas y las mutualidades con relación a las múltiples operaciones que tienen lugar entre estas entidades y sus asociados… cuando el artículo 42 de la Constitución Nacional se refiere a los derechos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios no distingue entre quienes los adquieren por autogestión a través de las cooperativas y mutualidades y quienes lo hacen a través de un contrato de cambio como la compraventa, la locación de servicios u otro vínculo del mismo género" (Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Olmos, Laura María Angélica c/ Coop. Vivienda Consumo y Cred. Gualcamayo Ltda. y ots.", 27/05/2009, La Ley Gran Cuyo, agosto de 2009, p.672, La Ley Online AR/JUR/10723/2009; los mismos argumentos fueron reproducidos por el Tribunal en los autos "Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y ots." 11/02/2010, La Ley Online AR/JUR/1752/2010). En el caso de un negocio contractual atípico que consistía en la organización de grupos de adquirentes, asignación de las unidades y un sistema de pago que buscaba garantizar la obtención de un inmueble por cada uno de los adquirentes, se resolvió que el contrato de adquisición de un inmueble a través de la adhesión a un sistema de adjudicación de viviendas mediante el pago en cuotas se encuentra alcanzado por la ley del defensa del consumidor (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, "Medina, Andrés c/ Pilay S.A.", cit.). También se resolvió la aplicación de la LDC en el vínculo entre el adquirente de un inmueble y la cooperativa de vivienda vendedora en Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, "Carmona, Liliana del Carmen c/ Natania Coop. de Vivienda y Consumo Ltda. y otros", 18/03/2008, La Ley Gran Cuyo, julio de 2008, p. 600.

determinar cuándo una situación de este tipo configura una relación de consumo por implicar un vínculo entre un consumidor protegido (destinatario final) y un proveedor de los comprendidos en el régimen (que actúe profesionalmente), ya que sólo en este caso serán aplicables la normativa y los principios favorables al consumidor.

Aunque no se advierte incompatibilidad "entre el rol de consumidor y el carácter de fiduciante que puede asumir quien busca satisfacer su necesidad de adquisición inmobiliaria a partir de la participación en un fideicomiso inmobiliario"[179], el inversionista que entrega dinero o un terreno para luego recibir unidades terminadas sólo *a priori* reviste la categoría de consumidor, pero la respuesta definitiva dependerá del propósito de la adquisición que le otorgue el carácter de "destinatario final" que exige la LDC.

Más difícil será encontrar la respuesta si el inversionista realiza los aportes para construir el edificio, luego se venden las unidades y recibe una porción en dinero del producido. En su objeto, este esquema refiere a la participación en un negocio o a la obtención de derechos, pero no a la adquisición de unidades como causa fin que podría determinar la existencia de una relación de consumo. En principio parece que la situación se aleja del microsistema de consumo porque el adquirente es destinatario final sólo del dinero (o de valores fácilmente convertibles en dinero), pero si el supuesto se asimila a una inversión bancaria (depósito en plazo fijo, por ejemplo), podría pensarse en este inversionista como un consumidor de servicios[180].

La misma dificultad para descubrir el destino final y así encuadrar o no el acto en el marco legal de protección específica del consumidor, se extiende a la adquisición de una unidad en cualquier otro contexto jurídico, tales como un emprendimiento societario, o un contrato al que "se aplican las reglas de la compraventa" (artículo 1125 del Código Civil y Comercial) por el que una persona entrega un terreno a cambio de una promesa de cosa futura[181] o alguna de las modalidades utilizadas para transmitir

---

[179] Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, "Mambrini, Mauro F. c/ ARV Constructora S.R.L. (Fiduciaria Fideicomiso Macia I) s/Ordinario", 22/05/2012, diario El Derecho del 26 de noviembre de 2012.

[180] Paolantonio califica como inconstitucional la exclusión del régimen protectorio de una persona por el simple hecho de tener un patrimonio determinado ya que "el carácter de consumidor no depende de ser o no un inversor calificado", sino del carácter de "consumidor final" o "no profesional" (PAOLANTONIO, MARTÍN E, "¿El consumidor financiero es consumidor?", diario La Ley del 22 de marzo de 2010, La Ley 2010-B, 1025).

[181] La venta de cosa futura está regulada en el artículo 1131 del Código Civil y Comercial, según el cual "Si se vende cosa futura, se entiende sujeta a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. El vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato,

lotes en las nuevas formas de dominio, tales como, por ejemplo, los clubes de campo, los barrios cerrados, o emprendimientos similares.

VI.6.3.4 El consumidor empresario

Permitir que quienes encuadran en el concepto de proveedor puedan reunir también su calidad de consumidores dadas determinadas circunstancias, es la idea de la ley 26.361 al suprimir del texto original del artículo 1 de la LDC la frase según la cual "no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

No sólo que en el texto original el supuesto no era aprehendido por la LDC, sino que incluso al complementar la norma de fondo, el artículo 2 de su decreto reglamentario 1798/1994 afirmaba "que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica.". Es decir que cualquier operación comercial que llevaba a cabo un proveedor estaba relacionada con su actividad principal y por lo tanto quedaba excluida de la protección especial. Al respecto afirma Dante D. Rusconi que lo importante no es haber eliminado la exclusión del artículo 1 de la LDC sino que con ella desaparece la aclaración del decreto reglamentario, que queda sin sustancia, y permite ingresar al sistema protectorio al "consumidor-empresario",[182] el cual estaba excluido del ámbito subjetivo de aplicación que proponía la LDC.

En definitiva, el objetivo de la reforma fue el de admitir en la protección legal a todas las personas que actúen fuera de su actividad profesional o giro comercial en el caso de personas humanas o que excedan el ámbito de su actividad específica tratándose de personas jurídicas. Esto así, pues fuera del contorno de su experticia

---

o de las circunstancias, para que ésta llegue a existir en las condiciones y tiempo convenidos. El comprador puede asumir, por cláusula expresa, el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor."

[182] Y a efectos de evitar que se transforme en regla que quien actúa habitualmente como proveedor sea considerado consumidor, pues considera que la situación debe ser excepcional, el autor propone como pautas para delimitar el concepto de consumidor empresario que realice el acto de consumo fuera de su actividad habitual y que el bien adquirido no se incorpore de una manera directa a una actividad productiva o comercial (RUSCONI, DANTE D., "Concepto de ´consumidor-empresario´", diario La Ley del 4 de abril de 2014, p. 6).

profesional, tanto las personas humanas como las jurídicas quedan igualadas en vulnerabilidad frente al proveedor[183].

VI.6.3.5 La persona jurídica como consumidora

A diferencia de los países de la Unión Europea en los que las personas jurídicas quedan como principio general excluidas del ámbito protectorio, el régimen de la ley 26.361 conserva el criterio opuesto que provenía de la ley originaria, según el cual pueden ingresar dentro del concepto de consumidor sin excepción alguna (es decir tenga o no fines de lucro), cuando adquieren o utilizan en forma gratuita u onerosa bienes o servicios que no se vinculan directamente con el objeto de su explotación. De este modo la ley nacional sigue al Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 2), a la ley 19.496 de Chile (artículo 1), a la ley 17.189 de Uruguay (artículo 2) y a la ley 1334 de Paraguay (artículo 3); la asimilación a tales modelos es coherente, pues en estos países el nivel de vulnerabilidad de algunas personas jurídicas se asemeja al de las personas humanas consumidoras[184].

Sin embargo, no obstante que el texto del artículo 1 LDC según ley 26.361 incluye como consumidoras a las personas jurídicas (que por lo general actúan como proveedoras), la solución dista de ser aplicable en todos los supuestos de su intervención, pues la flexibilidad del régimen legal las hace ingresar al ámbito de protección como consumidoras sólo cuando actuaron como destinatarios finales de los bienes y servicios sobre los que contrataron. Y no hay acuerdo respecto de cuándo revisten tal carácter para atribuirles la calidad de consumidoras y hacerlas acreedoras del régimen protectorio, debido a que resulta complejo determinar el destino que les asignan a esos bienes y servicios para saber si los incorporaron o no a su propio proceso de producción, comercialización o distribución.

Este brete apareja la existencia de distintas posiciones al respecto, aún entre quienes opinan que la regla es la inclusión de las personas jurídicas en el amparo específico.

---

[183] Sin embargo, aunque la opinión mayoritaria ha inclinado la respuesta a la aplicación del régimen de protección del consumidor, aún no se despejaron las dudas doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la aplicación o no del régimen protectorio al acto mixto de consumo o acto con destino mixto (final y de uso productivo a la vez).

[184] De ahí que las pequeñas y medianas empresas (pymes) hayan recibido un tratamiento legal diferencial en los ámbitos laboral e impositivo.

Están quienes consideran que si la adquisición tiene relación *directa o indirecta con el objeto de la persona jurídica* no debe ser considerada consumidora, pues en tal caso no será destinataria final[185]. Es decir que ingresarán al ámbito de resguardo de la ley especial cuando adquieran bienes o servicios fuera de su competencia profesional, mientras que quedarán al margen si destinan lo adquirido a cumplir su propio objeto, sea de modo directo o indirecto, y por lo tanto a satisfacer una necesidad empresarial.

Por otra parte, quienes no concuerdan con este criterio sostienen que toda adquisición por parte de una persona jurídica tiene vinculación directa o indirecta con su objeto social o actividad. Se enrola en esta idea Julio Corenfeld, quien sostiene que más que determinar aquella vinculación, hay que discernir si el bien adquirido o servicio contratado es *imprescindible o no para que cumpla con su objeto social o comercial*. Si es así, no podría ser considerada consumidora pues lo adquirido se integrará en su proceso productivo. Si no fuera imprescindible para tal fin, no necesariamente debe ser considerada destinataria final y por ende consumidora, pues para ello propone analizar además si la adquisición "mejora —de alguna manera— la calidad del bien o servicio que ella misma ofrece en el mercado o bien si puede aumentar (aunque sea potencialmente) sus ventas". En caso afirmativo, tales los supuestos que menciona de adquisición de un aire acondicionado o de contratación de servicios publicitarios por parte de una persona jurídica que explota un comercio de lavado de autos, concluye que no debe ser considerada destinataria final y por lo tanto consumidora[186].

Cualquiera sea la posición que se adopte desde el plano académico, la respuesta definitiva surgirá de la prueba de una situación de hecho, cuyo juzgamiento en el caso concreto determinará la aplicación de la LDC a la persona jurídica que pretenda insinuarse como consumidora.

VI.6.3.6 La categoría del subconsumidor (o consumidor particularmente vulnerable o consumidor híper vulnerable)

El texto de la LDC no contiene ninguna referencia respecto de la categoría de los subconsumidores —personas que se encuentren en una situación de mayor

---

[185] A modo de ejemplo de esta posición, encontramos el fallo dictado por la Cámara Nacional Civil, Sala C, "Tacco Calpini S.A. c/ Renault Argentina S.A. y otro", 06-03-2009, SJA 5/8/2009.

[186] CORENFELD, JULIO, "La empresa como consumidora. Algunas pautas para determinar cuando la empresa adquiere un bien o contrata un servicio como destinataria final", Diario DPI, Diario Civil y Obligaciones Nro. 66, 28-3-2016. El autor afirma que el artículo fue elaborado sobre la base de la ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Tucumán en el año 2011.

vulnerabilidad, tales como menores, ancianos o personas con discapacidad— a pesar de que la redacción del proyecto originario que luego dio origen a la versión definitiva de la ley 26.361 garantizaba particulares condiciones de atención y trato digno y equitativo "a las personas discapacitadas, ancianos y mujeres embarazadas"[187] y que los jueces han reparado en su especial vulnerabilidad a la hora de resolver reclamos de consumo[188].

De todos modos, la protección de los consumidores que atraviesen condiciones de mayor fragilidad, no tiene puntos de contactos con la del consumidor inmobiliario, nuestro tema de estudio, pues la adquisición de un inmueble por un subconsumidor resultaría al menos excepcional[189].

VI.6.3.7 Incidencia del Código Civil y Comercial en la definición del consumidor

La ley 26.994 de sanción del Código Civil y Comercial introduce cambios en el texto del artículo 1 de la LDC reformado por la ley 26.361 —cuya redacción se compatibiliza con la del artículo 1092 del Código Civil y Comercial que define al consumidor en el marco de la relación de consumo—, uno de los cuales es el de agregar que la adquisición o utilización de bienes o servicios también por parte de quien se equipara al consumidor sin ser parte de una relación de consumo puede ser "*en forma gratuita u onerosa*".

Además, la nueva norma además suprime de la LDC la frase según la cual se consideraba consumidor o usuario a quien "de cualquier manera" estaba "expuesto a una relación de consumo". Explica al respecto Sergio Barocelli que los sujetos expuestos no han sido eliminados del concepto de consumidor sino reubicados en el

---

[187] El Código de Defensa del Consumidor del Brasil (traducción de Gabriel A. Stiglitz, publicada en la revista EC, pp. 249-273) considera como agravante de los delitos que el mismo Código tipifica como tales que sean cometidos "En detrimento de obreros o campesinos o de menores de dieciocho años o mayores de sesenta o de personas portadoras de deficiencia mental, interdictas o no" (artículo 76, apartado IV, inciso "b").

[188] A modo de ejemplo, ver Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A. - Reclamo contra actos de particulares", 06/11/2012, Base Juba Texto Completo (sobre accesibilidad al local del proveedor por parte de una persona con discapacidad motriz).

[189] En el supuesto, extraño pero posible, que se configure una relación de consumo a partir de un contrato de locación de inmueble, encontramos una mención indirecta al subconsumidor inmobiliario en el artículo 1195 del Código Civil y Comercial que tipifica como abusiva y por lo tanto nula "la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble". Y es sabido que la locación inmobiliaria para vivienda fue una de las primeras manifestaciones de desequilibrio contractual en perjuicio del locatario.

artículo 1096 del Código Civil y Comercial[190]. Sin embargo la redacción imprecisa de esta última norma deja lugar a dudas en cuanto a la subsistencia como consumidores de las personas expuestas, desde que sólo dispone que las normas sobre prácticas abusivas (artículos 1096 a 1099) y sobre información y publicidad dirigida a los consumidores (artículos 1100 a 1103) son aplicables a "todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no", y luego agrega "sean consumidores o sujetos equiparados", sin mencionar a los expuestos a una relación de consumo.

Pero por otra parte, uno de los casos en las cuales una persona puede encontrarse expuesta a una relación de consumo es el del potencial consumidor cuyos intereses resultan lesionados frente a campañas publicitarias o prácticas comerciales con destinatarios indeterminados. Si el legislador asume que las relaciones de consumo son originariamente desiguales, no alcanzaría sólo con regular tales vínculos al momento de su creación contractual, sino que también debería preocuparse para que se ofrezcan y desarrollen en un marco en el que se respete la dignidad en el trato a cualquier persona que resulte o pueda resultar consumidora. Precisamente este es el objeto de la regulación de las prácticas abusivas y de la publicidad dirigida a los consumidores.

Aún de admitir la protección en los supuestos mencionados por el artículo 1096 del Código Civil y Comercial, cabría preguntarse si fuera de ellos ha cesado el amparo de las personas expuestas a la relación de consumo cuando sufran daños por violación al deber de seguridad por parte de proveedores que incorporaron productos o servicios al mercado. Pensamos que la protección de estos sujetos en los casos de falta de previsión legal parece no requerir de una expresa consagración legal, ya que la admisión de su amparo por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido en marzo de 2007,[191] es decir con anterioridad a la sanción de la ley 26.361 que dio ingreso a la categoría en la LDC. Resolvió entonces el Tribunal que "la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes" sin discriminar "entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban dentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos" y lo hizo con fundamento directo en el artículo 42 de la Constitución Nacional, es decir con prescindencia de una norma de jerarquía inferior.

---

[190] BAROCELLI, SERGIO SEBASTIÁN, "Sin cambios en el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor a partir del nuevo Código Civil y Comercial", Diario DPI, Diario Civil y Obligaciones Nro. 66, 28 de marzo de 2016.

[191] "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", cit.

VI.6.4 El objeto de la relación de consumo inmobiliaria

La primera mención constitucional del término "vivienda" se remonta al año 1957 con la incorporación del artículo 14 bis a la Constitución Nacional, que consagra una fórmula según la cual "la ley establecerá el acceso a una vivienda digna", texto que se relaciona con el compromiso del Estado en la protección de este derecho.

Dicha norma hoy se integra al bloque de constitucionalidad federal junto con los diversos instrumentos internacionales a los cuales se les otorgó jerarquía suprema en el año 1994 (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11 apartado 1), en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27 apartado 3), en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 28 apartado 1), en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 25 apartado 1) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI), todos los cuales reconocen en forma expresa el derecho a la vivienda[192].

Es decir que cuando el destino final del inmueble es la vivienda, la protección del consumidor inmobiliario se funda en dos columnas jurídicas, ambas de orden público: las normas del microsistema específico del consumidor y las de orden superior que protegen el acceso a la vivienda.

VI.6.4.1 Alcance del término "bienes" como objeto de la relación de consumo

Tanto el artículo 1 LDC como el artículo 1092 del Código Civil y Comercial consagran el amparo de la persona que adquiera "bienes o servicios" como destinatario final. Las normas utilizan la expresión "bienes", que debe ser entendida en el sentido de derechos que recaen sobre objetos materiales e inmateriales de valor económico (artículo 16 del Código Civil y Comercial), es decir en un sentido amplio del término, como comprensiva de derechos y cosas, incluyendo en estas últimas las

[192] Asimismo, en el plano internacional cabe destacar la Observación General nro. 4 del año 191, emitida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas estableció los parámetros indispensables para que una vivienda pueda ser considerada "adecuada" y el informe de le fecha 8 de agosto de 2016 de la Relatoría Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Vivienda Adecuada como Elemento Integrante del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado y sobre el Derecho a la no Discriminación, el cual considera al derecho a la vivienda como integrante del derecho a la vida.

cosas muebles, inmuebles[193], y en ambos casos, sean nuevas o usadas o adquiridas a título gratuito u oneroso.

En materia inmobiliaria a veces lo adquirido serán cosas inmuebles y otras veces derechos sobre inmuebles. Y en consonancia con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que venía sosteniendo en forma reiterada que toda norma debe garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos[194], la modificación de la LDC por la ley 26.361 había extendido la aplicación de ese régimen específico al adquirente inmobiliario —siendo indiferentes la forma en que se haya hecho la oferta y el destino que se le asigne— no sólo a partir de la compraventa (sea que persiga obtener el dominio pleno, el dominio fiduciario o las adquisiciones de lotes por mensualidades) sino a través de cualquier otra figura jurídica que sirva de cauce al efecto, tales como el leasing, las sociedades de hecho, los consorcios de construcción, las cooperativas de vivienda, etcétera[195].

VI.6.4.2 La adquisición de derechos en conjuntos inmobiliarios

La modificación del artículo 1 de la LDC por la ley 26.361 trajo consigo la incorporación de un agregado aclaratorio por el que se declaraba que dentro de los bienes que una persona podía adquirir para merecer la protección especial, quedaba comprendida "*la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines*"[196].

---

[193] En la misma senda, se concluyó en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – V Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrados en Córdoba los días 23, 24 y 25 de septiembre de 2009, que "*La actividad inmobiliaria queda comprendida en las normas del derecho del consumidor*" (Conclusión 8 del título II denominado "Proyecciones de la reforma sobre algunas cuestiones atinentes al Derecho Contractual", Comisión de Derecho Interdisciplinario, Derechos del Consumidor).

[194] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", 14/09/2004, Fallos 327:3677 y "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/Despido", 01/09/2009, Fallos 332:2043.

[195] Aunque cabe aclarar que a pesar de la multiplicidad de figuras contractuales que pueden elegir los adquirentes de inmuebles, no todas ellas les garantizan la misma protección frente al proveedor.

[196] Ya en procesos resueltos con anterioridad a la vigencia de la ley 26.361 se había aplicado la LDC a vínculos que tenían como objeto tales emprendimientos inmobiliarios. A modo de ejemplo, citamos una causa en la que se juzgó el incumplimiento del deber de información a cargo del proveedor de un tiempo compartido, por falta de precisión respecto de los servicios a prestar y por brindar el contenido del contrato en idioma inglés (Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala V, "Mazzei Smurra S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones", 25/11/1997, La Ley 1999-D, 776).

El fundamento de las modificaciones que también se proponían para el artículo 10 —que enuncia el contenido del documento de venta de cosas muebles e inmuebles— en el dictamen final de la Cámara de Senadores[197], podía dar lugar a pensar que aquella aclaración había sido incluida con el fin de dejar a las restantes adquisiciones inmobiliarias sin la protección de la LDC[198]. Pero a la postre, la subsistencia del término "inmuebles" en el texto definitivo del artículo 10 hizo suponer la inclusión del ámbito inmobiliario en general dentro del amparo legal. La propia LDC sumaba otro fundamento para sostener esta posición, habida cuenta que una de las actividades que permitían configurar el rol de proveedor era la de "*construcción*" de bienes o servicios (artículo 2), rubro que sin dudas se vincula con el sector inmobiliario.

El agregado al artículo 1 de la LDC debía interpretarse en el sentido que el amparo de la adquisición de cosas inmuebles resultaba operativo para cualquier destino inmobiliario (no sólo el de vivienda), *incluso* tratándose de derechos en emprendimientos inmobiliarios, tales los casos de los tiempos compartidos, clubes de campo o cementerios privados que expresamente enumeraba[199]. La introducción de las adquisiciones de unidades en estos emprendimientos en el texto de la norma simplemente contribuía a reafirmar su protección (la cual venía admitiéndose en la

---

[197] El despacho en relación al artículo 10 señalaba que "No hay acuerdo en incorporar el régimen de inmuebles en esta ley. Se elimina ´inmuebles´ ya que en concordancia con el artículo 1 no se los menciona. El régimen de inmuebles está fuera de la relación de consumo referida a bienes muebles, además el régimen de inmuebles tiene su sistema de garantías propio como los vicios redhibitorios y la garantía de evicción. Si incluimos ´inmuebles´, estaríamos modificando el Código Civil. Daríamos por tierra con las dos garantías mencionadas, habría que considerar que el comprador de un inmueble no es un consumidor en los términos del artículo 1".

[198] A modo de ejemplo, Marcelo Urbano Salerno consideraba que la protección del texto originario al adquirente de viviendas nuevas obedecía a "una técnica legislativa errónea" porque no se compatibilizaba con el régimen excepcional creado para una contratación masiva que no siempre se presentaba en dichos supuestos; y además se superponía con las previsiones de la ley 23.073 para las "viviendas económicas" adquiridas "bajo ofertas de adhesión", cuya finalidad fue regular estos casos excepcionales. Por lo tanto concluía que era necesario acotar el ámbito de esa protección lo cual sucedió con la ley 26.361 que "sólo ampara ´la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines´" e incluso siempre y cuando "se hubiese celebrado un boleto de compraventa" (SALERNO, MARCELO URBANO, *Negocios inmobiliarios,* 2da. edición, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 45).

[199] En la Conclusión II, "b" de la Comisión 8 —La Categoría Jurídica de "Consumidor"— de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en San Miguel de Tucumán en el año 2011 se dijo respecto del consumidor inmobiliario que debe considerarse tal "a quien contrata como destinatario final derechos reales o personales sobre inmuebles, con prescindencia de la naturaleza del bien, en la medida en que el enajenante sea un proveedor en los términos del art. 2 de la ley 24.240".

doctrina y jurisprudencia) pues la falta de marco legal de la mayoría de tales complejos podía sembrar la duda en el intérprete acerca del resguardo específico. Incluso la mención especial daba cuenta de la necesidad del derecho de fondo de ocuparse de estas adquisiciones, ya que por lo general los contratos sobre las unidades que los integran son concluidos por adhesión.

La ampliación del amparo también a las "figuras afines" de estos conjuntos revelaba que la fórmula legal sólo cumplía fines ejemplificativos, es decir que comprendía otras figuras no incluidas, y que no debía interpretarse limitativamente, siempre dentro de la relación de consumo de rango constitucional[200].

De todos modos, cualquier polémica respecto de la mención de estos emprendimientos inmobiliarios quedó zanjada mediante la reforma del artículo 1 de la LDC por parte de la ley 26.994 —que sancionó el Código Civil y Comercial— que quitó la fórmula aclaratoria que sustentaba la extensión de las normas protectorias al consumidor también para el adquirente de derechos en "tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines". La solución quizás obedezca a que el Código Civil y Comercial contiene una regulación especial en el Título VI del Libro IV al que titula "Conjuntos inmobiliarios", cuyas normas se ocupan, en tres capítulos, de los Conjuntos Inmobiliarios (que llamaremos "propiamente dichos"), del Tiempo Compartido y de los Cementerios Privados.

Según lo dispone el artículo 2075 del Código Civil y Comercial, los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos "deben someterse" a la normativa del derecho real de propiedad horizontal "establecida en el Título V de este Libro (el número IV)" con las modificaciones del antes referido Título VI del mismo Libro. Encontrándose legislado el régimen de prehorizontalidad en el Título V y no existiendo nuevas referencias en el Título VI, no hay dudas en cuanto a que también se le extienden sus normas a los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos[201] y, en consecuencia, para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas del conjunto inmobiliario antes de la constitución de la propiedad horizontal especial, el titular del dominio del inmueble

---

[200] ARIAS CÁU, ESTEBAN JAVIER, "Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo", La Ley Patagonia, 2008 (diciembre), 544.

[201] En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata desde el 28 al 30 de septiembre de 2017 se concluyó por amplia mayoría (pues no hubo votos en contra sino sólo una abstención) que las normas de prehorizontalidad del Código Civil y Comercial son de orden público y se aplican "a todos los contratos que tengan por objeto la adquisición del derecho real de propiedad horizontal especial sobre unidades, salvo los supuestos expresamente excluidos." (Conclusión IV "a" de la Comisión 7 titulada "Derechos reales: Propiedad horizontal especial").

debe constituir un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación, en los términos del artículo 2071 del Código Civil y Comercial.

De modo expreso, y a pesar de contener una regulación general de los contratos de consumo, el Código Civil y Comercial incluye en forma específica en el régimen de protección al consumidor —además de los contratos bancarios, conforme la remisión del artículo 1384— a las figuras del tiempo compartido en el artículo 2100[202] y de los cementerios privados en el artículo 2111[203], las cuales, según la fórmula de ambas normas, quedan regidas "*por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales*". La falta de una previsión específica que también comprenda a los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos ha llevado a dudar si la ausencia ha sido deliberada. Al respecto, Marina Mariani de Vidal y Adriana N. Abella responden que la redacción amplia del artículo 1 LDC, que protege a la persona que adquiera "bienes o servicios" (fórmula que hoy reitera el artículo 1092 del Código Civil y Comercial), determina que la situación de estos emprendimientos también merezca la protección dispensada a los consumidores, aun cuando no se los contemple expresamente[204].

Por la misma razón, así como la regulación de la propiedad horizontal contenida en el Código Civil y Comercial no remite a las normas de consumo, sin dudas el vínculo que une al consumidor adquirente de una unidad funcional con un proveedor conforma una relación de consumo protegida por la legislación específica.

---

[202] Artículo 2100 del Código Civil y Comercial.- Relación de consumo. "La relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales.".La norma concreta la protección que brindaba a la adquisición de derechos de tiempo compartido la LDC a partir de la ley 26.361, y refuerza la tutela de la ley 26.356 de sistemas turísticos de tiempo compartido pues el artículo 5 de esta norma expresamente contempla la aplicación de la LDC.

[203] Artículo 2111 del Código Civil y Comercial - Relación de consumo. "La relación entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo previstas en este Código y en las leyes especiales".

[204] MARINA DE VIDAL, MARINA y ABELLA, ADRIANA N., "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", diario La Ley del 8 de abril de 2015, 1, La Ley Online AR/DOC/677/2015. En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata desde el 28 al 30 de septiembre de 2017 se concluyó por unanimidad que el régimen de protección al consumidor "se aplica a la propiedad horizontal especial si se cumplen los requisitos legales." (Conclusión IV "c" de la Comisión 7 titulada "Derechos reales: Propiedad horizontal especial").

VII- LA PROTECCIÓN DEL ADQUIRENTE DE UNA UNIDAD FUNCIONAL EN PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL REGLAMENTO

VII.1 Relaciones entre el derecho del consumidor y la propiedad horizontal

Con las modificaciones que le introdujo, la ley 26.361 contribuyó a realzar la jerarquía de la LDC a partir de su posicionamiento de modo que sus soluciones prevalezcan sobre las de otros cuerpos normativos con los que se integra.

Es así que por la nueva redacción del artículo 3 (que entre otros títulos también se llama "Preeminencia"[205]), la LDC prevé su integración expresa con otros regímenes (Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156 y de la Ley de Lealtad Comercial n° 22.802), la aplicación preferente de la norma por sobre otras que puedan ser aplicables y menciona que en caso de duda sobre la interpretación de "*los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor*"[206]. Dicha preeminencia debe ser articulada con la disposición de la primera parte del artículo 65 que asegura el carácter de orden público de la ley y permite asegurar la prioridad normativa[207].

---

[205] En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – V Congreso Nacional de Derecho Civil, encuentros celebrados en Córdoba en el año 2009, se concluyó que "a fin de resolver los conflictos derivados de la concurrencia de normas aplicables a una misma relación de consumo, el artículo 3° consagra la preeminencia del régimen general de protección al consumidor estructurado en la ley 24.240, excepto que resulte aplicable una norma especial más beneficiosa para el sujeto vulnerable" (conclusión 2 del título "Consideraciones generales y ámbito de aplicación", Comisión de Derecho Interdisciplinario, Derechos del Consumidor).

[206] Artículo 3 de la ley LDC (texto según ley 26.361) — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia (...) Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

[207] Al respecto sostiene Héctor Alegría, que "en una interpretación legal, si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Por lo tanto, el régimen de derecho que surge de la LDC importará no sólo complementar sino también modificar o derogar, siquiera parcialmente, las normas de otras ramas jurídicas que se apliquen a la relación de consumo que concretamente se considere" (ALEGRÍA, HÉCTOR, "Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial", diario La Ley del 26 de abril de 2010, p. 1). Más aún, luego de resaltar la aplicación preeminente de los principios y normas propias del régimen protectorio en las relaciones de consumo, Javier Arias Cáu dobla la apuesta al sostener que "este nuevo derecho debe ser aplicado por los jueces aunque las partes no invoquen explícitamente sus normas ya que constituye materia de orden público, por razones de política legislativa, y más aún hoy en día en el cual la relación de consumo, de rango constitucional, ha adquirido regulación legal en la ley 26.361" (ARIAS CÁU, ESTEBAN JAVIER, "Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo", La Ley Patagonia 2008,diciembre, 544).

Este desarrollo permitió poner un punto final al creciente y excesivo fraccionamiento del sistema por parte de distintas leyes especiales —tales como la ley de tarjeta de crédito 25.065, la ley de leasing 25.248, la ley de agencias de viajes turísticos 25.599 o la ley de sistemas turísticos de tiempo compartido 26.356— que hacía peligrar su efectividad al vaciarlo de contenido. Es así que, a diferencia de aquellas leyes que regulan específicos vínculos de consumo y que fueron dictadas con anterioridad a la reforma de la ley 26.361, una norma posterior como la ley 26.682 de Medicina Prepaga presenta protecciones específicas aunque expresamente integra su contenido con la Ley de Defensa del Consumidor (artículo 4).

Cuando la ley 26.361 introdujo en el artículo 3 de la LDC el principio de preeminencia legislativa del régimen protectorio del consumidor lo hizo "sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica", como por ejemplo el régimen de propiedad horizontal.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de esta reforma a la LDC, distintas opiniones doctrinarias[208] y jurisprudenciales[209] otorgaban aplicación prioritaria al

---

[208] La ponencia que sintetizaba el pensamiento de la época, presentada por José M. Gastaldi, Esteban Centanaro [h] y Miguel A. O. Barbagallo en las "XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en Mar del Plata en el año 1995, dio lugar a la cuarta recomendación particular surgida de la Comisión 3 titulada "La protección del consumidor en el ámbito contractual", según la cual "La protección brindada por la ley 24.240 a los adquirentes de inmuebles nuevos destinados a vivienda y de lotes de terrenos con el mismo fin, debe interpretarse en armonía con las leyes 14.005 y 19.724". Afirmaban al respecto que el artículo 3 de la entonces vigente ley de prehorizontalidad 19.724 (sancionada por el Presidente de la Nación Argentina el 6 de julio de 1972 en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del Estatuto de la Revolución Argentina, publicada en el Boletín Oficial el 13 de abril de 1972 y derogada por ley 26.994), al especificar la documentación que debía agregarse a la escritura de afectación, satisfacía el deber de exhibición y la exigencia del deber de información y de publicidad, y de ese modo se creaba un marco adecuado para el adquirente. Agregaban que la característica esencial de la relación de consumo es el tráfico en masa, mientras que los inmuebles por su naturaleza no son de ofrecimiento público y dada la naturaleza de individualidad de los inmuebles, sean o no destinados a vivienda, cada uno de ellos es objeto de una transacción que no puede ser considerada idéntica a ninguna otra. De allí derivaban que difícilmente se podía incluir al comprador en un concepto colectivo o comunitario, rasgo este también esencial para integrar una relación de consumo, sin perjuicio de la tutela específica. Y por último, argumentaban que son pocas las veces que el común de la población adquiere inmuebles y generalmente lo hace rodeada de las más grandes precauciones; este rasgo distintivo, sumado a la cantidad de normas vigentes que regulan el tráfico inmobiliario comparado con otros bienes, indicaba que difícilmente podían ser incluidos dentro de una misma norma sin riesgo de violar la técnica jurídica, porque la protección al consumidor lleva consigo la idea de la estandarización de los procesos de comercialización, donde el cliente deja de poseer individualidad para formar parte de una masa de adherentes, que recibe por parte del productor-comercializador-empresario un tratamiento despersonalizado y generalmente idéntico.

[209] Frente a la pretensión principal que presuponía la modificación de una de las cláusulas del estatuto consorcial, la Sala C de la Cámara Nacional Civil concluyó que la doctrina vinculada "a anexos o reglamentos redactados por un predisponente que revela una actitud abusiva,

régimen de la ley 13.512 aún cuando la situación permitía encuadrar al adquirente de la unidad funcional como consumidor inmobiliario.

La evolución legislativa dejó sin sustento tales ideas, y el logro de una mayor amplitud en la protección del consumidor permitió que la legislación específica no se dirija sólo al consumidor masificado (es decir al que integra una masa de adquirentes indiferenciados) sino a cualquiera que contrate en una posición de debilidad cuando a causa de su desconocimiento o desinformación sea víctima de abuso por parte del proveedor.

En tal caso, si el marco regulador propiciado por el derecho del consumidor otorga distintos mecanismos (sustanciales o procesales) destinados a facilitar al reclamante el dictado de sentencia reparadora, debería también resultar efectivo para resolver los conflictos derivados de la adquisición de unidades funcionales en propiedad horizontal de parte de un consumidor a un proveedor en el marco de una relación de consumo. Veremos que no siempre es así, pues el legislador no se ha preocupado por coordinar la regulación de ambos sistemas[210].

VII.2 Relación entre la predisposición, las cláusulas abusivas y la teoría general del contrato

La cuestión referida a las cláusulas abusivas no debe ser objeto de tratamiento en forma aislada sino como uno de los ingredientes del fenómeno genérico de la predisposición contractual, tema que a la vez forma parte de otro aún más amplio como es la teoría general del contrato. Porque hoy no se discute que el problema de

---

contraria a la buena fe, resulta inaplicable al supuesto del reglamento de copropiedad y administración previsto por la ley 13.512, más aún cuando los compradores en la escritura de compraventa explícitamente ´manifestaron su conformidad y aceptación de estar redactada de acuerdo a lo convenido´ y que ´conocen y aceptan íntegramente el Reglamento de Copropiedad y Administración, ya relacionado, que rige el inmueble, obligándose a su fiel cumplimiento´". Concluyeron luego que "la sola circunstancia de que el artículo 1º inc. c) ley 24.240 contemple entre los supuestos comprendidos en la norma ´la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda…´ no significa que esa ley sea aplicable al caso… Cuando se trata de inmuebles ya sometidos a la Ley de Propiedad Horizontal, la ley de defensa del consumidor no debe aplicarse soslayando las previsiones de la ley 13.512" (Cámara Nacional Civil, Sala C, "Stasevich, Graciela Beatriz y Otro c/ Vicente López 356 S.A. S/ Cumplimiento de Contrato", 17/02/2000, Lexis Nº 10/8374, Jurisprudencia Argentina 2000-IV, 730).

[210] La incorporación plena del consumidor inmobiliario en el régimen tuitivo de la LDC (a partir del año 2008 merced a la ley 26.361), explica que el específico tema de la protección del adquirente de unidades en propiedad horizontal no haya sido aún objeto de numerosas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales. Sin embargo, la cuestión no ha sido enteramente ajena al análisis de los hombres de derecho.

las cláusulas abusivas guarda estrecha relación con la antes referida crisis de la noción clásica del contrato, que fundaba su validez exclusivamente en el consentimiento.

Esta noción clásica se ha ido transformando frente a la nueva problemática del desequilibrio contractual que no aparecía como un tema central en la teoría del contrato, sino que era vista como un aspecto secundario y extraordinario, que debía ser abordada desde el punto de vista de sus mecanismos revisores.

En la actualidad, el reclamo de equilibrio de las prestaciones contractuales trasciende esta problemática de la revisión del contrato, porque ya no se exige en forma excepcional, sino siempre que se quiera justificar la eficacia de distintas categorías de contratos en los que el consentimiento prestado no es el criterio determinante para sostener su validez. Por ejemplo, frente al reclamo de abuso de alguna de las cláusulas de un contrato por adhesión, no basta con sostener su eficacia basada en el consentimiento a partir de la firma —o incluso agregando el cumplimiento de alguna formalidad, como por ejemplo una declaración especial suscripta por el adherente donde asienta que su consentimiento fue el resultado de tratativas previas, de fácil cumplimiento por parte del predisponente—, pues si no se acredita que el adherente ha participado e influido en la negociación individual de las cláusulas, no puede tenerse por tutelado su interés.

La realidad muestra que la autonomía de voluntad de las personas que contratan se ha restringido en forma notable casi al límite de su anulación, circunstancia que despierta la necesidad de su amparo legal ante las posibilidades de abuso.

Pero la masificación y la consecuente predisposición contractual no son antecedentes necesarios del abuso[211]. De ahí que no se exige que una cláusula abusiva integre un modelo contractual de proyección masiva y redactado en términos predispuestos, sino que también puede formar parte de un contrato negociado con el que se perjudique a alguno de los contratantes, o de un contrato particular en el que no haya existido una negociación paritaria de las cláusulas por tratarse de contratos de

---

[211] Enfocándose en la normativa de defensa del consumidor, sostenía Ricardo J. Saucedo que ésta no da por supuesto que la celebración de los contratos de adhesión entrañen *ipso facto* un perjuicio a los particulares, sino más bien, que sus cláusulas serán revisables a la luz de aquellas disposiciones, en procura de invalidar o atenuar parcialmente los efectos lesivos que puedan contemplar eventuales cláusulas abusivas de los intereses de los particulares implicados (SAUCEDO, RICARDO J., "Las formas de comercializar las urbanizaciones cerradas con fines residenciales y sus consecuencias", SJA 2012/04/04-38, Jurisprudencia Argentina 2012-II-54, Abeledo Perrot Online Nº: AP/DOC/26/2012).

adhesión individuales (generalmente suscripto por un consumidor urgido por necesidades apremiantes). Es decir que aunque las estipulaciones abusivas encuentran campo fértil de aparición en los contratos predispuestos en los que quien propone el contenido contractual pretende mejorar su posición, no sería extraño encontrar cláusulas abusivas en un acuerdo discrecional (es decir cuyas cláusulas han sido determinadas de común acuerdo por las partes).

Asimismo, no toda cláusula predispuesta es abusiva, porque podría limitar su contenido a establecer pautas generales o uniformes para una pluralidad de contratos pero sin perjudicar los derechos del aceptante. Esta conclusión había sido receptada expresamente por la jurisprudencia local[212] y por La Ley 7/1998 del reino de España de fecha 13 de abril de 1998 titulada "*Sobre condiciones generales de la contratación*"[213] y hoy surge del artículo 1119 del Código Civil y Comercial.

Se ingresa en el campo de las cláusulas abusivas recién cuando el traspaso de riesgos y costos desde el predisponente al aceptante provoca un desequilibrio excesivo e injustificado en los términos del contrato. Es por eso que el eje para considerarlas como abusivas no puede ser otro que el desequilibrio como efecto jurídico que producen sobre el contrato, el cual da lugar a una respuesta de cuestionamiento por parte del orden jurídico que busca equiparar fuerzas mediante normas imperativas frente a una cláusula configurada en esos términos.

VII.3 La identificación de una cláusula contractual como abusiva

VII.3.1 En el derecho común

Ni el Código Civil ni el Código de Comercio habían incorporado un concepto de cláusula abusiva, ni regulaban los remedios ante la presencia de una cláusula que pudiera caracterizarse como tal. De todos modos, no hay que dejar de reconocer

---

[212] La Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, ("Paredes Andrés S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ contrato administrativo", 09/08/2001, inédito), dijo que si bien la predisposición "supone una limitación a la libertad de contratación…tal circunstancia no invalida el contrato en tanto no se encuentre viciado el consentimiento de los contratantes, ni resulten violados el orden público, la moral o las buenas costumbres, la buena fe o sus cláusulas no sean abusivas."

[213] La ley —que dio cabida en el régimen a todas las cláusulas contractuales predispuestas por un empresario o profesional actuando en el marco de su actividad, destinadas a ser impuestas en una pluralidad de relaciones contractuales con los consumidores "con independencia de las formas que adopten"— afirma que "Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva".

algunos institutos incorporados al Código Civil a partir de la reforma de la ley 17.711 del año 1968, de los que pudieron valerse los jueces frente al desequilibrio provocado por el contenido del contrato, sea predispuesto o paritario.

a) Por un lado, la lesión como vicio del acto jurídico, que permitía al perjudicado demandar la nulidad o la modificación del acto (artículo 954 del Código Civil). Para hacer efectivas las sanciones, se requería la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, más otros recaudos de tipo subjetivo, como el aprovechamiento de la situación de inferioridad del perjudicado, que son irrelevantes para cuestionar y dejar sin efecto las cláusulas abusivas[214].

b) En segundo lugar, el instituto del abuso del derecho permitía que, ante el ejercicio de una prerrogativa de modo contrario a los fines del ordenamiento jurídico o cuando excedía los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, el afectado pueda pedir al juez que ordene lo necesario para evitar los efectos del acto abusivo y, si correspondía, que procure la reposición al estado de hecho anterior y que fije una indemnización (artículo 1071 del Código Civil).

c) Podían reconocerse otros antecedentes normativos de importancia en el Código Civil para la construcción de respuestas frente a las cláusulas abusivas de modo de restablecer el equilibrio contractual, tales como la privación de efectos a la causa ilícita de las obligaciones (artículo 502) y a los actos jurídicos de objeto imposible, ilícito, contrario a las buenas costumbres, a la libertad de acciones o de la conciencia, prohibido por las leyes, o que perjudicaba los derechos de un tercero (artículo 953) y la exigencia de la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (artículo 1198). El Código Civil prohibía además la cláusula que dispensaba del dolo del deudor al contraerse la obligación (artículo 507) y la que establecía condiciones meramente potestativas (artículo 542). Enunciaba también en distintos artículos las cláusulas prohibidas para tipos contractuales específicos, tales los casos de la que disponía la exención de responsabilidad del posadero en el depósito necesario (artículo 2232, sin correlación con algún texto vigente), la que vedaba la exclusión de los menores en la locación de inmuebles o extendía la fianza más allá del contrato original (artículos 1504 y 1582 bis, respectivamente), la que liberaba al empresario por la ruina del edificio en la locación de obra (artículo 1646) y las que eran consideradas nulas por vejatorias en la hoy desaparecida sociedad civil

[214] En las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe los días 23 a 25 de setiembre de 1999, Alicia D. Basanta, Silvia M. Castillo y Marcela R. Clara sostuvieron en relación a la presunción de aprovechamiento que surgía del artículo 954 del Código Civil que "Acreditada la desproporción de las prestaciones, en los contratos de consumo debe presumirse la explotación y el estado de inferioridad" (Comisión Nº 1: "Perfiles Actuales de la Lesión", agregado a la conclusión nro. 6).

(artículo 1653). Incluso el Código de Comercio reputaba ineficaz la exoneración de responsabilidad del transportista por daños al pasajero (artículo 184).

d) Entre otras disposiciones que sirvieron como antecedentes de la actual regulación sobre cláusulas abusivas se encuentran algunas leyes especiales que aparecieron como complementarias de los Códigos de fondo, tales como la 14.005 de venta de inmuebles fraccionados en lotes y a plazos que prohíbe el pacto comisorio por falta de pago después que el adquirente haya abonado el 25% del precio o haya realizado construcciones equivalentes al 50% del precio de compra (artículo 8)[215], o la ley 19.724 de prehorizontalidad (derogada por el artículo 3 de la ley 26.994), que condicionaba a la expresa aceptación del adquirente "*en cláusula especial firmada por éste*" (artículo 14) la inclusión en el contrato de limitaciones de responsabilidad o de facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación y que además sancionaba con la nulidad a "*toda cláusula que deje librado el reajuste del precio a la voluntad del propietario, vendedor, constructor o terceros vinculados a ellos aunque actúen en calidad de árbitros*" (artículo 15). Del mismo modo, la regulación del contrato de trabajo a partir de la ley 20.744 y sus modificatorias, o la imposición de distintas estipulaciones en el contrato de seguro por vía de normativa reglamentaria pusieron límites a la potestad de creación del contenido del contrato.

Todas estas ideas, algunas aún vigentes[216], fueron permitiendo en el ámbito del derecho común construir respuestas ante las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con anterioridad a la sanción de la LDC (y hoy siguen brindando respuestas en los que exceden su marco). Sin embargo, no siempre los jueces argentinos, en la aplicación de aquellas normas de derecho común, habían admitido la posibilidad del cuestionamiento de las cláusulas abusivas en tales contratos[217]. Porque aunque se reconocía en su contenido una tendencia a favorecer al

[215] Concluye Ariel Ariza que "pese a las nuevas figuras que hoy en día han venido a poblar los emprendimientos inmobiliarios, las sencillas soluciones legislativas contenidas en la ley 14.005 mantienen su valor ordenatorio de la conducta de los contratantes y siguen mereciendo por parte de la jurisprudencia un especial reconocimiento de los fines protectorios que presiden este microsistema" (ARIZA, "Compraventa de lotes por mensualidades…", *op.cit.*).

[216] La lesión fue mantenida, con cambios menores, por el artículo 332 del Código Civil y Comercial. La solución ante al abuso del derecho fue replicada en el artículo 10 del Código Civil y Comercial, que conserva un texto similar a su antecedente, pero además en su artículo 11 hace extensiva la solución para el caso de abuso de una posición dominante en el mercado.

[217] Por ejemplo, ver Cámara Nacional Civil, Sala H, "Carrefour Argentina S.A. c/ Kids And Co S.R.L.", 22/09/1994, La Ley 1995-C, 18; Cámara Nacional Comercial, Sala D, "Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.R.L.", 22/02/2002, La Ley 2002-D, 7.

predisponente, se pensaba que la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas colisionaba con la libertad que suponía haber prestado un consentimiento a lo ofrecido y con la chance previa del adherente de celebrar o no el contrato. Frente al choque entre el principio de libertad de contratar y la buena fe, y tratándose de personas plenamente capaces, se prescindía de la incidencia del desequilibrio y se ponía el acento en el consentimiento como factor de estabilidad y eficacia del contrato.

Dejamos a salvo que la referida posición fue una de las asumidas al respecto pues tal doctrina judicial había sido contradicha en otros precedentes[218] en los cuales se dio preeminencia al desbalance notable e injustificado de los riesgos del contrato para cada contratante.

Adherimos sin dudas a esta última perspectiva en la que se reafirma la noción de desequilibro. Aunque se acepte que el equilibrio no es un dato relevante para justificar la validez de las cláusulas de un contrato, sino que el fundamento de tal validez es el consentimiento prestado sin vicios de la voluntad[219], ello es así en la medida que se trate de un contrato negociado entre pares (también llamado paritario o discrecional). Fuera de ese marco, y frente a un desequilibrio irrazonable, la respuesta jurídica deberá tender a la protección del que ha consentido en un contexto en el que no medió una negociación auténtica y en el que ya no puede hablarse de predisposición valiosa.

En esta senda, en su regulación de los "Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas" (tal el nombre del la Sección 2da., Capítulo 3, Título II, Libro III) en las que su redacción unilateral presupone el desequilibrio cuyo nivel de tolerancia debe ser limitado por el ordenamiento, el Código Civil y Comercial introduce una nómina de estándares que permiten al juez valorar como abusivas determinadas cláusulas y agrega la sanción ante la presencia de estas cláusulas (artículo 988) y la forma de hacer efectivo el control judicial en el caso (artículo 989). Si

---

[218] Tales los casos de Cámara Nacional Comercial, Sala B, "P. Campanario S.A. c/ Plan Óvalo S.A.", 24/09/1998, Jurisprudencia Argentina 1999 II, 13; Sala D, "To Talk S.A. C/ Minifon S.A.", 11/09/2002, El Derecho 202-480.

[219] Esta posición extrema era la sostenida por Vélez Sarsfield en la nota al artículo 943 del Código Civil quien, al fundamentar el rechazo al instituto de la lesión, afirmaba, entre otros argumentos, que "…dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos". Como se dijo, el instituto de la lesión fue incorporado al Código Civil en la reforma de la ley 17.711.

bien la falta de distinciones en ambas normas determina que sean aplicables para todos los contratos, sean o no de consumo, el reenvío del artículo 1117 del mismo Código dispone expresamente su aplicación para los contratos de consumo.

VII.3.2 En el estatuto del consumidor

La necesidad del Derecho del Consumidor de recurrir a distintas fuentes para adaptarlas y arribar a la solución legal que genere un mayor equilibrio en la relación de consumo, otorga el carácter de estatutaria a esta particular normativa. Es decir que la protección amplia del consumidor que propugnó el legislador, abre paso a la posibilidad de valerse de otras fuentes ajenas a la LDC para dar solución a situaciones no previstas, o para asegurar una respuesta más favorable para el consumidor. De este modo, el derecho del consumidor se integra además por la Constitución Nacional, por las Constituciones provinciales, por el Código Civil y Comercial, por las normas que el propio artículo 3 LDC declara aplicables y en definitiva, por cualquier norma y principio que regule la relación de consumo.

Aunque el Derecho del Consumidor se ocupe de la relación de consumo en general, sin dudas el principal vínculo jurídico que liga a un proveedor con un consumidor es el contractual[220]. Esta correspondencia había motivado a que desde la redacción originaria, la LDC trate el problema de las cláusulas abusivas en las relaciones contractuales de consumo y hoy lleva a que en el Código Civil y Comercial se confundan las regulaciones del contrato de consumo y de la relación de consumo[221].

---

[220] Incluso la relación de consumo inmobiliaria siempre es de fuente contractual.

[221] Mientras que el Título III del Libro III lleva como nombre “Contratos de consumo”, el primer capítulo de ese mismo título se denomina “Relación de consumo” (como si fuera una especie de aquellos); y en su articulado se define no sólo a la relación de consumo (artículo 1092) sino también al contrato de consumo (artículo 1093), pero para definir al proveedor que interviene en aquella.

Debe quedar en claro que la alusión a los contratos de consumo no implica referir a un tipo contractual específico sino a cualquiera de ellos, de modo que un contrato puede ser o no de consumo requiriéndose únicamente para encuadrarlo en el rótulo, que haya sido celebrado entre consumidores y proveedores (artículo 1093 Código Civil y Comercial). Por sus rasgos característicos, los denominados contratos de consumo, hayan sido o no celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, merecieron una regulación particular, entre cuya normativa se encuentra la referida a las cláusulas abusivas que pueden tener cabida en las relaciones de consumo contractuales. Es así que el Código Civil y Comercial dedica un capítulo compuesto de seis artículos —desde el artículo 1117 al 1122— a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, el primero de los cuales incluso declara aplicables a este capítulo cuatro artículos de la regulación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, aunque el contrato de consumo no las contenga.

VII.4 Definiciones legales de las cláusulas abusivas

En el Derecho del Consumidor el régimen legal de las cláusulas abusivas no es una excepción al carácter estatutario y su regulación específica se conforma a partir de distintas fuentes que brinda el propio microsistema, no siempre correctamente sistematizadas. Es así que la LDC ni siquiera menciona a las cláusulas abusivas como tales (el título del capítulo IX habla de "*términos abusivos y cláusulas ineficaces*"[222]), circunstancia que se explica porque el concepto legal —el cual podía ser analógicamente utilizado fuera del marco del estatuto de defensa del consumidor— no surge de su texto sino que aparecía en el artículo 37 del decreto reglamentario 1798/94, que consideraba cláusulas abusivas "*las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes*".

La sanción del Código Civil y Comercial, trajo consigo la derogación de la norma transcripta y la incorporación a su texto de una norma bajo el título "Regla general" la que "Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales" permite identificar una cláusula abusiva y afirma que será tal la que "habiendo sido o no negociada

[222] Afirma Pascual E. Alferillo que la designación dada al capítulo IX da a entender que existirían "términos abusivos" y "cláusulas ineficaces" como categorías diferentes, cuando de su normativa se infiere que debe hablarse de términos o cláusulas abusivas que por ser tales resultan ineficaces (ALFERILLO, PASCUAL E., "La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor", La Ley 2009-D, 967).

individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor" (artículo 1119)[223].

Más allá de las diferencias entre ambas fórmulas y sus términos imprecisos, encontramos una línea directriz sobre la que formularemos algunas aclaraciones.

a) En primer lugar, la calificación de una cláusula como abusiva no requiere que se configure ningún otro recaudo más que el desequilibrio[224] y el perjuicio. La conclusión daría lugar a pensar que basta con la presencia inseparable de ambos elementos para tener por configurada la cláusula abusiva sin que se requiera que el proveedor haya actuado con mala fe. Y no parece justo que pueda sancionarse una cláusula ventajosa que haya sido conseguida como fruto de una mejor capacidad de negociación de la que goza un proveedor como atributo natural[225]. Sin embargo, la ausencia de buena fe debe considerarse como un elemento tácito o sobreentendido en cualquier definición de cláusula abusiva o, mejor expresado, el abuso presupone la mala fe de quien se vale del contenido leonino, porque el proveedor busca el perjuicio del consumidor que obtiene en forma deliberada del desequilibrio jurídico de las partes, tal como sugiere la definición del Código Civil y

---

[223] El uso del término "desequilibrio" en ambas formulaciones legales reconoce como antecedente la definición que brinda la Directiva Comunitaria Europea 93/13 de fecha 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", que establece un régimen jurídico de "mínimos comunes y genéricos" suficientes para ofrecer una respuesta normativa al problema de los contratos predispuestos, sobre el cual los Estados que componen la Unión Europea concebirán sus legislaciones. La norma será aplicable donde se encuentre un contrato predispuesto por un empresario o profesional celebrado sin negociación con un consumidor, con independencia de si se trata de un contrato de seguro, de compraventa de bienes de consumo, de servicios bancarios o de telefonía o concertado en el establecimiento mercantil abierto al público o a distancia, por teléfono o a través de Internet. Por su artículo 3 inc. 1 se consideran abusivas "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Sin embargo, nuestro derecho suprime el recaudo de la predisposición para declarar abusiva una cláusula en un contrato de consumo.

[224] El desequilibrio en el cotejo de los derechos y obligaciones de las partes se sustenta en el poder que le otorga al proveedor disponer el conocimiento y la información técnica del contenido contractual (en la mayoría de casos por él predispuesto), que le otorga frente al consumidor una situación de superioridad que sirve de estímulo para incluir cláusulas que importen la ampliación de su provecho en el contenido del contrato. Cuando la desventaja es significativa, es decir exagerada, en perjuicio del consumidor, tales cláusulas deben considerarse abusivas.

[225] El artículo 3 inciso 1 de la Directiva Comunitaria Europea 93/13 de fecha 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", adopta el criterio de exigir en forma expresa la buena fe del predisponente como requisito de configuración de las cláusulas abusivas en contratos no negociados individualmente.

Comercial que caracteriza a la cláusula abusiva como aquella "*que tiene por objeto o por efecto*" provocar el desequilibrio perjudicial.

b) La definición de la cláusula abusiva que contiene el artículo 1119 del Código Civil y Comercial, de acuerdo a la cual en el contrato de consumo puede ser abusiva la cláusula que ha "sido o no negociada individualmente", no requiere que para ser tildada como tal, la cláusula cuestionada forme parte de un contrato de consumo predispuesto. Es decir, no importa si integra o no un plexo de cláusulas de un contrato de consumo predispuesto particular o general como expresión de un contrato masificado, o si cada cláusula fue negociada entre el proveedor y el consumidor (situación hoy excepcional para los contratos de consumo).

c) La configuración de una cláusula como abusiva exige que el perjuicio sea exclusivamente sufrido por el consumidor. Y no cualquier perjuicio configurará la situación de abuso, sino que será relevante sólo el que provenga del desequilibrio en la distribución de derechos y obligaciones entre las partes que implique mayor sacrificio que beneficio para el consumidor.

d) La LDC no exige para tener por no convenidas las cláusulas abusivas que el contrato haya sido redactado por el proveedor, sino que la sanción se aplica en los contratos de consumo aún cuando haya sido redactado por un tercero imparcial o por el propio consumidor (por ejemplo si ha copiado la redacción de un modelo que exteriorizaba el desequilibrio en su propio perjuicio). La imposibilidad jurídica del proveedor de argüir la torpeza del consumidor que redactó la cláusula, supone que la ley ha considerado que el proveedor está en mejores condiciones de interpretar el contenido contractual y si no evita la situación de abuso debe soportar las soluciones favorables al consumidor.

e) La regulación de las cláusulas abusivas en la Sección del Código Civil y Comercial dedicada a cualquier contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas, sea o no de consumo (Sección 2, Capítulo 3, Titulo II del Libro Tercero), indica que la aplicación de las consecuencias legales frente al abuso no se circunscriben a los vínculos contractuales celebrados en el marco de una relación de consumo. Es decir que si el contrato no es de consumo, el ataque a una cláusula como abusiva exige que aquella esté redactada en un contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas. En resumen, desde que las normas sobre cláusulas abusivas se aplican sólo a los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas (artículo 988 del Código Civil y Comercial) y a los contratos de consumo (artículos 1117 a 1122 del Código Civil y Comercial), una cláusula abusiva puede atacarse cuando forme parte de un contrato que no sea de consumo con predisposición del clausulado contractual o de un contrato de consumo con o sin su

contenido predispuesto (aunque es el contrato celebrado mediante la adhesión a cláusulas generales predispuestas el que crea el contexto propicio para el abuso). Pero las previsiones legales contra las cláusulas abusivas no resultan de aplicación en un contrato negociado que no sea de consumo.

VII.5 Extremos a acreditar para tener por configurada una cláusula abusiva

Las notas distintivas de las cláusulas abusivas permiten conformar una idea objetiva, porque no interesan las diferencias entre las partes que intervienen (que incluso sustentan la existencia de la legislación tuitiva) sino el resultado práctico, esto es la materialización del desequilibrio jurídico que provoque un perjuicio. Pero la desventaja sólo puede mensurarse tomando en cuenta el vínculo entre las partes durante todo el transcurso de la relación contractual.

E incluso no alcanza con examinar la cláusula en abstracto o en forma aislada de modo de juzgarla en sí misma como abusiva, sino que lo será si surge como tal del contexto general del contrato. Decidir si la cláusula aprueba o no el examen de eficacia exige una lectura del conjunto contractual para encontrar el sentido, pues también puede suceder que las ventajas para los consumidores compensen y justifiquen las atribuciones de ventajas al proveedor. Pero si por el contrario, en el contexto general del negocio, el catálogo de cláusulas es totalmente desbalanceado a favor del proveedor y es evidente que no hay ninguna ventaja para el consumidor quien se hace cargo de los riesgos y costos de la operatoria, en ese marco el desequilibrio va a ser notable y va a afectarlo inequitativamente, tal la perspectiva general de la definición de las cláusulas abusivas.

Salvo en los supuestos de cláusulas expresamente tipificadas por el legislador como abusivas[226], la propuesta de una cláusulas leonina no entraña una ilicitud formal (su contenido no es contrario a una norma legal expresa), sino meramente material o en sentido amplio, pues la infracción sólo se comete respecto de la buena fe lealtad como principio del ordenamiento jurídico en general. Pero no es suficiente que quien ataca una cláusula por considerarla abusiva (o quien resuelve) se limite a marcar la contradicción de su texto con el principio de la buena fe lealtad (parámetro que incluso explicita el último párrafo del artículo 37 LDC) para convertirla necesariamente en

[226] La tipificación legal de supuestos de cláusulas abusivas evita la necesidad de la prueba, por haber valorado el legislador la existencia de los presupuestos para tener por configurado el exceso (volveremos sobre el tema más adelante).

abusiva, sin reparar en que esta invocación resulta superficial y no alcanza para hacer ingresar a la cláusula dentro del marco conceptual que exige la afectación inequitativa al consumidor en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.

El control judicial del contenido del contrato a efectos de determinar si existen supuestos de abuso en alguna de sus cláusulas exige la argumentación de un fundamento fáctico y jurídico que permita sacar a la luz la razón por la que se sostiene que la disposición cuestionada es abusiva. Es decir que, si el legislador no ha tipificado una cláusulas específica como abusiva, aunque de la sola lectura de una cláusula pudiera incluso parecer clara para el intérprete la configuración del abuso, no se puede cuestionar su validez sólo con el argumento de que resulta contradictoria con la buena fe, como si este encuadre pudiera provenir de una deducción lógica y surta efectos automáticos en cuanto a lograr la sanción. Desde que la legislación brinda contenidos técnicos para llegar a la respuesta acerca de las razones por las cuales una cláusula debe considerarse abusiva, el procedimiento para arribar al castigo debe necesariamente partir de la prueba de la vulneración del equilibrio de los intereses de las partes en perjuicio del consumidor, tales las pautas legales que sirven de eje al procedimiento a seguir para tildar una cláusula como abusiva. Y es a la acreditación de tales extremos que debe dirigirse el esfuerzo probatorio del reclamante y el razonamiento judicial con el que se justifique la decisión.

Esa estricta exigencia probatoria permite resaltar que la legislación no pasó de un estado de completa indefensión de los consumidores a una protección absoluta que presume que todos ellos contratan engañados aún en cuestiones esenciales que no pudieron serle esquivas ni a los más descuidados, y que premia la negligencia más que brinda amparo frente a la desinformación. Es tan nocivo que se beneficie injustamente al proveedor con una cláusula abusiva como que cualquier cláusula pueda ser tildada de inválida sólo con alegar engaño y se abra paso al abuso del consumidor.

VII.6 Cláusulas que no pueden ser declaradas abusivas

Siguiendo con el control del abuso, y si bien el ordenamiento nacional no contenía ningún límite expreso a dicha potestad, podía concluirse que por aplicación del principio de buena fe que surgía de los artículos 1198 del Código Civil y 37 de la LDC, algunas cláusulas de las consideradas esenciales en el contrato no eran susceptible de ser declaradas abusivas. Reafirmaba este razonamiento el examen de

las cláusulas tipificadas como leoninas (por vía legal o reglamentaria), que evidenciaba que ninguna tenía relación con aspectos nucleares del negocio.

Como una novedad en nuestra legislación, el Código Civil y Comercial introduce en su texto una norma, el artículo 1121, mediante la que enumera en dos incisos las estipulaciones que no son susceptibles de declararse abusivas.

a) En primer lugar, no pueden atacarse las cláusulas que prevean "la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado" (artículo 1121 inciso "a")[227]. Al respecto afirma Javier H. Wajntraub que la previsión busca preservar el espacio de libertad del empresario para formular su propuesta comercial quien "debe tener margen para fijar el precio de su producto o servicio", y por lo tanto para decidir bajo qué condiciones saldrá al mercado[228].

Por tratarse de un elemento esencial, la relación entre el precio y el bien o servicio es susceptible de ser negociado y una falta de acuerdo provoca la abstención de contratar por parte del destinatario de la oferta; y aún si éste sólo pudiera aceptar sin negociación previa, se supone que habrá seleccionado entre las distintas posibilidades que le ofrecía el mercado, para lo cual habrá tenido en cuenta la relación entre el precio, calidad y utilidad, aspectos que no pueden ser controlados por el juez.

Quien se decide a contratar sabe al menos qué producto o servicio va adquirir y el precio que está dispuesto a pagar. Estos elementos esenciales del contrato integran el objeto del acto jurídico y por lo tanto su infracción excede la problemática del abuso[229].

---

[227] La norma reduce el ámbito de aplicación del artículo 4 inciso 2 de la Directiva Comunitaria Europea 93/13 de fecha 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", según el cual "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Es decir que la normativa comunitaria impide tildar de abusivas a las cláusulas por las que se establece cualquier prestación principal o se delimite el objeto central del negocio, y una de ellas es el precio. El ataque debe dirigirse a las cláusulas que complementen o acompañen las prestaciones nucleares, en la medida que se configuren los presupuestos que permitan encuadrar a una cláusula como abusiva.

[228] WAJNTRAUB, JAVIER H., "Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y en la ley 24.240", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2014-2: problemática contractual, contratos en particular, 2014, p. 464.

[229] En palabras de Roberto A. Vázquez Ferreyra, el inciso hace referencia a las prestaciones esenciales del contrato que para el consumidor es el precio que paga y para el proveedor la prestación de bienes y servicios a su cargo (VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., "No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva", en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, Año III, nro. 5, 2012, p. 81).

De todos modos, este límite al embate contra la cláusula no implica que la relación del precio con el producto o servicio no pueda ser atacado por nulidad si media infracción al objeto del acto jurídico, o por vía del planteo de lesión (en este último caso, de cumplirse los recaudos para configurarla que exige el artículo 332 del Código Civil y Comercial).

b) Además el Código Civil y Comercial dispone que no podrán atacarse como abusivas las cláusulas "que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas" (artículo 1121 inciso "b")[230], respuesta que se desprende de la obligatoriedad de tales disposiciones, las cuales no tienen su fuente en el acuerdo. A modo de ejemplo, si las partes de un contrato de fideicomiso reflejan en su texto la norma que dispone que los bienes del fiduciario no responden por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso —las que sólo son satisfechas con los bienes fideicomitidos (artículo 1687 del Código Civil y Comercial) que importan un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario (artículo 1685 del Código Civil y Comercial)—, la cláusula no puede ser considerada abusiva por limitar la responsabilidad del fiduciario al valor de los bienes recibidos en fideicomiso, por reiterar una de las "normas legales imperativas" que no puede dar lugar al abuso.

VII.7 Situación jurídica abusiva

El desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor también puede provenir de una "situación jurídica abusiva" que se configura, según el artículo 1120 del Código Civil y Comercial, "a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos". Incluso ya en su título preliminar, el mismo Código concede la potestad al juez de ordenar lo necesario para evitar los efectos de la situación jurídica abusiva, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización (artículo 10, tercera parte).

En un caso de situación jurídica abusiva los actos jurídicos involucrados no son merecedores del reproche de abuso si se consideran en su individualidad, pero sí cuando se combinan contractualmente de modo de incluir a varios proveedores en una trama en la cual el consumidor sólo tiene acceso a la oferta que se le dirige y se limita a aceptarla con total desconocimiento de la estructura contractual que la precede. Es

[230] El artículo 1 inciso 2 de la Directiva Comunitaria Europea 93/13 de fecha 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores" dispone: "Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas (...) no estarán sometidas a las disposiciones de la presente directiva".

decir que cuando la conexidad pone un límite a las facultades del consumidor, puede dar lugar a la situación jurídica abusiva que provoca el desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor el cual, si se prueba, permite atacar las cláusulas contractuales por abusivas.

Si la situación jurídica abusiva deriva de contratos conexos[231], no de otros actos jurídicos conexos no contractuales[232], dispone el artículo 1122 inciso "d" del Código Civil y Comercial que el juez debe aplicar el artículo 1075 del mismo Código, es decir que el consumidor podría oponer "*las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato*.". A modo de ejemplo citamos el caso del consumidor que ante defectos imputables al constructor en el inmueble que adquiere, se opone al reclamo de las cuotas del crédito por la financiación, si las conductas previas del banco que financia y del constructor le permiten acreditar la vinculación económica entre ambos.

VII.8 Distintos sistemas para identificar las cláusulas abusivas

No ha sido sencilla la decisión del legislador acerca del método más eficiente para identificar las cláusulas abusivas, y fue precedida del debate acerca de la preferencia entre adoptar un método casuístico que consiste en enumerar una por una las cláusulas vejatorias (a través de una lista abierta o cerrada), introducir criterios generales en una norma abierta que contenga estándares donde puedan subsumirse las cláusulas contractuales, o adoptar un sistema que combine los anteriores.

a) El primer sistema se cimenta en la seguridad jurídica que brinda a quien redacta el contrato saber de antemano cuáles son las cláusulas que resultarían ineficaces por abusividad; pero por otra parte se corre el riesgo de que la agilidad en la

---

[231] De acuerdo al artículo 1073 del Código Civil y Comercial, se habla de contratos conexos "cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone el artículo 1074.". En materia inmobiliaria, la característica de las nuevas formas de propiedad es la conexidad de los distintos vínculos contractuales —con sus implicancias para la interpretación judicial—, los que si bien son autónomos, su existencia no se explica sino a partir de la vida en común, ya que su efecto de conjunto es "*superior a la suma de individualidades*" (ABELLA, "El tiempo compartido y los derechos…", *op.cit.*). La falta de enumeración legal de las situaciones donde diversos contratos se vinculan por la finalidad económica, implica que pueda discutirse respecto de cuáles serán regidas por el régimen de la conexidad, cuyo ámbito de aplicación deberá ser necesariamente delimitado por la jurisprudencia.

[232] La situación jurídica abusiva vinculada con la predisposición de actos jurídicos conexos no contractuales encuentra campo fértil para el estudio y la discusión en la problemática del pagaré de consumo.

modificación legislativa del listado no sea acorde con la que exija la aparición de nuevas situaciones o cláusulas abusivas en el mercado (o de nuevas facetas que asuma una ya conocida). Incluso no siempre una misma cláusula será abusiva, sino que su calificación como tal dependerá del desequilibrio que provoque en el vínculo concreto en el que se haya incluido. En este sistema se evita la necesidad de la prueba de la abusividad y su carácter manifiesto convierte en inexcusable la declaración de su ineficacia pues el legislador ha valorado la existencia de los presupuestos para tener por configurado el exceso.

b) En el segundo sistema, la ley no concluye que una o más cláusulas específicas son abusivas, sino que lo serán todas aquellas que quepan dentro de criterios generales que prevé el legislador. La delimitación de una categoría jurídica partiendo de estos criterios generales (patrones, marcos o estándares) es un recurso de técnica legislativa que permite evitar la pérdida de vigencia o actualidad de los supuestos de cláusulas abusivas contenidos en una enumeración legal. Sin embargo, la posibilidad de que varíe la interpretación del criterio general según el operador, determina la inseguridad que implica no sólo dejar abierta la vía para el cambio de opinión frente a la misma cláusula sino también para la adopción de criterios opuestos por parte de distintos intérpretes, ante igual estipulación. En este sistema, el ataque a una cláusula por considerarla abusiva requiere de una investigación y valoración judicial a partir de la confrontación de su texto con las normas y principios del ordenamiento, para acreditar tanto el encuadre en el estándar así como también la vulneración del equilibrio de los intereses de las partes en perjuicio del consumidor.

c) El tercer sistema, llamado mixto o múltiple, es aquel en el que los criterios generales se aplican para subsumir las cláusulas no incluidas en el listado de las calificadas como abusivas (cuya enumeración se vuelve necesariamente enunciativa). Es decir que si bien de las pautas generales deberían deducirse con facilidad los supuestos particulares de cláusulas abusivas, algunos casos están expresamente tipificados para reafirmar la ineficacia (aún con el riesgo de disminuir la calidad legislativa frente a la doble e idéntica regulación en estos supuestos especiales). De todos modos, los estándares operan como un tejido para evitar que escapen a la sanción las cláusulas abusivas que no hayan sido expresamente tipificadas como tales.

Siguiendo el sistema predominante en el derecho comparado, tanto el legislador de la LDC como el del Código Civil y Comercial escogieron el sistema mixto[233]. Más allá de la coherencia de ambas elecciones, veremos al momento de exponer las pautas legales para determinar la existencia de cláusulas abusivas, que el Código Civil y Comercial ha incrementado la protección en este punto respecto de su antecedente. E incluso ha incorporado nuevos institutos frente al abuso contractual, tales como el control de incorporación o inclusión que tiende al pleno conocimiento por parte del consumidor de las cláusulas que integran el negocio (artículo 1118) o la regulación de la situación jurídica abusiva (artículos 10 y 1120). Si bien estos avances plantean la posibilidad de una derogación tácita o virtual del régimen originario, expondremos también las soluciones de la LDC, asumiendo su vigencia.

VII.8.1 La determinación del abuso de las cláusulas a partir de patrones generales

La LDC contiene dos enunciados generales o estándares (artículo 37). El Código Civil y Comercial los reproduce en forma casi textual cuando regula los contratos por adhesión, luego agrega uno más (artículo 988), y a su turno los declara aplicables a los contratos de consumo, existan o no cláusulas generales predispuestas, no sin antes remitir además a los parámetros dispuestos por las leyes especiales (artículo 1117).

a) El primer patrón es el que permite calificar como abusivas a las cláusulas que desnaturalicen "*las obligaciones*" (parte inicial de los artículos 37 inc. "a" LDC y 988 inciso "a" del Código Civil y Comercial)[234], aunque una mayor precisión obligaba a hacer referencia a la desnaturalización de los contratos o en todo caso de las obligaciones contractuales. El intérprete deberá recurrir a esta fórmula frente a una cláusula contractual que, en el contexto general del contrato particular, se aparta de lo "natural" o "normal" en forma irrazonable sin un motivo justificado. Es decir cuando afecte o cuestione significativamente la naturaleza o el sentido naturalmente previsto —de ahí el vocablo "desnaturalicen" que emplea la norma— del contrato que las

[233] A modo de ejemplos, encontramos el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 51), la Directiva Comunitaria Europea de fecha 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores" (artículo 3°-3), el Código Civil alemán que incorpora el contenido de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (parágrafos 305 a 310) y los Códigos de Consumo de Italia (artículo 33 y siguientes) y de Francia (artículo L132-1).

[234] La fuente de ambas normas es el artículo 1157 del proyecto de Código Único del año 1987, según el cual "En los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas: 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones…".

partes quisieron celebrar y de ese modo provoque el desequilibrio perjudicial para el consumidor.

Debe interpretarse entonces que en realidad el legislador ha querido referirse a la desnaturalización de un modelo contractual que consideró como razonable en relación al que ha sido celebrado, pero no "de las obligaciones" que resultan del vínculo, como surge de la literalidad del texto de la norma.

Además, la referencia legal implica que sólo constituye desnaturalización el apartamiento irrazonable o injustificado del derecho supletorio o dispositivo que rige cada tipo contractual —pues si se aparta de normas de orden público, ya no podrá hablarse de abuso sino de ilicitud— siempre que altere el equilibrio en las obligaciones asumidas por cada parte en perjuicio del consumidor (porque es claro que la ley no persigue favorecer al proveedor). El control judicial de este patrón o estándar busca dejar de lado la voluntad del predisponente de sustituir el derecho dispositivo por el que él mismo elija. Es por eso que cuando no exista una regulación contractual aplicable al negocio que contiene las cláusulas atacadas, el operador deberá recurrir nuevamente al genérico desequilibrio entre los derechos y obligaciones de cada parte.

La jurisprudencia se ha valido en numerosas oportunidades de este estándar que confronta una cláusula contractual con la naturaleza del contrato, aunque no en supuestos en los que el objeto central del pleito era la declaración de ineficacia de la cláusula, sino en los que se decidía su carácter de abusiva como medio para conceder la pretensión principal[235].

---

[235] A modo de ejemplos se estimó la existencia de una desnaturalización prohibida la cláusula por la cual el banco, "sin causa que lo justifique, sin un razonable preaviso al usuario, o sin responsabilidad alguna por las consecuencias de su proceder" se arrogó la facultad de cancelar unilateralmente las tarjetas de crédito de aquellos clientes que no habían realizado en los últimos tiempos operaciones en sus cuentas corrientes (Cámara Nacional Comercial, Sala C, "Cannizzaro, Juan C. c/ Banco Mercantil Argentino", 30/09/1997, La Ley, 1998-B, 656.). Se dijo también que la falta de responsabilidad frente al consumidor de la sociedad que opera mediante un portal informático donde se ponen en vinculación proveedores de automóviles con potenciales compradores "afecta los derechos de los usuarios del servicio, violando el artículo 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor que prohíbe las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños" (Cámara Contencioso Administrativo Ciudad de Buenos Aires, Sala I, "Deautos S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires", 05/11/03, La Ley 2004-B, 653; en el caso la Cámara de Apelaciones mantuvo la sanción impuesta por la Secretaría de Desarrollo Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto de la violación del artículo 37 de la LDC). O que si en el contrato no se previó sanción alguna para el incumplimiento de entregar la vivienda por parte de la cooperativa vendedora, corresponde considerar que se encuentra configurado lo que la ley de Defensa del Consumidor cataloga como "términos abusivos y cláusulas ineficaces", dado que se desnaturalizan las obligaciones y restringen los derechos del consumidor al ampliar los derechos de la parte vendedora de una manera poco usual, debiéndose aplicar el artículo 10 bis de la ley 24.240, que tiene preferente jerarquía que el artículo 1204 del Código Civil por reglamentar el artículo 42 de la Constitución Nacional, que autoriza al adquirente a rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo

b) El segundo criterio general contiene a su vez dos pautas calificadoras, porque considera abusivas las cláusulas que importen renuncia o restricción "*de los derechos del consumidor"* o amplíen los derechos de la otra parte (artículos 37 inc. "b" LDC y 988 inciso "b" del Código Civil y Comercial). Al respecto, aunque el microsistema específico no brinde un catálogo de "derechos del consumidor" susceptibles de gozar de la protección de la norma, la falta de distinciones en el texto legal exige tener en cuenta no sólo los derechos que vengan reconocidos desde la estructura del propio contrato, sino también los que reconoce la propia LDC (y todas sus reglamentaciones) y el resto de la normativa que la integra en los términos de su artículo 3. En cualquier caso, la cláusula que importa una mengua de esos derechos va a poder ser juzgada como abusiva.

Claro que de mediar renuncia o restricción a un derecho otorgado por una norma de orden público, no habría necesidad de recurrir a este criterio general, porque la ineficacia de la cláusula surge de su contradicción con una norma de carácter irrenunciable y por lo tanto no habría abuso sino ilicitud. Es por esto que el Código Civil y Comercial agrega que se tienen por no escritas las cláusulas que importan renuncia o restricción a los derechos del consumidor o amplían los derechos de la otra parte "*que resultan de normas supletorias*". El agregado no transforma en imperativa la regulación supletoria de los contratos en particular, pero le confiere una especial relevancia —principalmente a las normas que equilibran el reparto de riesgos en cada tipo contractual—, pues si el proveedor pretende defender la validez de la cláusula atacada, deberá justificar los motivos del alejamiento de la solución legal supletoria. Por ejemplo, la regulación de las obligaciones del vendedor y del comprador en el contrato de compraventa (artículos 1137 a 1141 del Código Civil y Comercial) servirán de parámetro para interpretar si existió o no el desfasaje contractual.

---

pagado (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, "Carmona, Liliana del Carmen c/ Natania Coop. de Vivienda y Consumo Ltda. y otros", cit.), p. 600). O que desnaturaliza el contrato de espectáculo la cláusula que dispone la reserva del derecho de admisión por parte del organizador, "máxime considerando que el usuario ya cumplió con la prestación a su cargo de pagar el ticket" (Cámara Contencioso Administrativo Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "Tele Red Imagen S.A. c/ DINCI", 18/02/2010, RCyS 2010-V, 156). Mediante la resolución se confirmó la multa impuesta al organizador del espectáculo público por el Director Nacional de Comercio Interior por infracción al artículo 37 de la ley 24.240 y sus resoluciones reglamentarias). Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que las cláusulas en los contratos de caja de ahorro que imponen costos de mantenimiento de cuenta que por su valor puedan consumir no solo la tasa de interés que ofrece la entidad, sino también el capital depositado por el ahorrista "provoca la desnaturalización de la economía del contrato" ("Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/BankBoston N.A. s/Sumarísimo", 21/03/2017, CSJ 717/2010 —46-P— /CS1).

Para que una cláusula sea considerada como abusiva dentro de los límites de este marco normativo la ley exige que importe una renuncia "o" restricción a los derechos del consumidor. Es decir que alcanza con una "*restricción"* de los derechos del consumidor sin que haya necesidad de una renuncia. E incluso puede existir una renuncia y no haber restricción de derechos del consumidor pues la norma no le quita a éste la posibilidad de pactar una renuncia para arribar a una conciliación que juzgue conveniente sino que tiene como objetivo evitar que se le impongan renuncias que desequilibren el balance del contrato a favor del proveedor[236].

c) El Código Civil y Comercial agrega un estándar no previsto en la ley especial al decir que se tendrán por no convenidas las cláusulas "que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles" (artículo 988 inciso "c"). Este patrón considera abusivas a las cláusulas sorpresivas, sorprendentes, inusuales o insólitas, que se definen como "aquellas que por su trascendencia en la economía del contrato, es imprescindible que no pasen desapercibidas para el consumidor"[237], es decir respecto de las que no era previsible pensar que iban a ser incorporadas conforme a las circunstancias del negocio.

VII.8.2 La determinación del abuso a partir de la expresa tipificación legal

VII.8.2.1 En la LDC

A la par de los criterios generales o estándares (que van a tener que ser apreciados por el juez de acuerdo a las circunstancias del caso puntual para subsumir o no en su ámbito la cláusula cuestionada), la LDC también incluye una magra nómina de cláusulas contractuales que el legislador tipifica como abusivas —por ser las únicas al momento de su aparición, nuestro país ingresaba en el listado de países con menos

---

[236] En aplicación de este criterio se consideraron abusivas las cláusulas de prórroga de competencia, por generar un significativo perjuicio a los consumidores al obligarlos a litigar en extraña jurisdicción. A modo de ejemplo de estas resoluciones y por haber servido de fuente a numerosos precedentes, no podemos dejar de citar en primer lugar el *leading case* "Martinelli, José c/ Banco del Buen Ayre" (Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 20/11/1997, La Ley Buenos Aires 1998-511). En los mismos términos se expidieron los siguientes tribunales: Cámara Nacional Comercial, Sala D, "HSBC Bank Argentina S.A. c/ Mora, Melisa Elizabeth s/ secuestro prendario", 23/12/2013, La Ley Online AR/JUR/96795/2013; Cámara Nacional Comercial, Sala C, "Consena Seguros S.A. c/ Club Combate San Lorenzo S.C. s/ ordinario", 11/07/2013, La Ley Online AR/JUR/49985/2013; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Choqui, Néstor Petronio c/ Coop. Viv. pers. YPF Gral. Mosconi", 17/09/2008, SAIJ: FA08995876, La Ley Online AR/JUR/9124/2008; Cámara Civil y Comercial 4ta. de Córdoba, "Tarjeta Naranja S.A. c/ Prunello, Mirian S.", 09/02/2012, La Ley Online AP/JUR/68/2012, entre muchos otros.

[237] Cámara Nacional Comercial, Sala A, "Banco Río de la Plata SDA c/ N., R y otro s/sumario", 08/06/2006, elDial.com, 24 de agosto de 2006.

cláusulas consideradas como tales— por haber decidido su falta de razonabilidad con independencia de la compensación que se incluya en el contrato.

A diferencia de los estándares o patrones, en estas cláusulas concretas es el legislador quien asumió el rol de interpretarlas y decidir que son ineficaces de pleno derecho, sin dar lugar a la valoración judicial.

Mientras la fijación de una norma marco habilita un margen de interpretación para que el juez verifique si existe una correlación de la cláusula con el estándar y el concepto de cláusulas abusivas, en las cláusulas tipificadas como tales (también llamadas "cláusulas negras" por ser desestimables de pleno derecho a diferencia de las "cláusulas grises" que lo son luego de una apreciación judicial) en cambio, hay una valoración legislativa previa que no puede dejarse de lado por parte del intérprete, aunque no coincida con la decisión.

Es decir que el legislador ahorró el trabajo de los operadores jurídicos al valorarla como tal y la sola redacción de su contenido no merece otra respuesta distinta que la ineficacia. No se requiere un esfuerzo de argumentación para explicar el encuadre de la cláusula en el contexto normativo o por qué la cláusula es abusiva, sino que basta con invocar la norma que la ha tipificado como tal, que asume el desequilibrio en perjuicio de una de las partes. Su contenido no da margen para juzgar la eficacia y la sanción deviene automática frente al solo planteo del impugnante.

a) El primer supuesto de cláusulas tipificadas como abusivas es el que tiene como tales a las que *"limiten la responsabilidad por daños"* del proveedor (artículo 37, inc. "a", 2da. parte). La norma hace referencia a la cláusula mediante la cual éste pretende liberarse en forma anticipada de las consecuencias patrimoniales que debería afrontar a causa de una conducta dolosa o culposa. La amplitud de la fórmula legal habilita a concluir que la ineficacia de pleno derecho de la cláusula comprende no sólo los supuestos de exoneración total de responsabilidad sino cualquier limitación. Es decir que la responsabilidad del proveedor no puede ser limitada respecto de cualquier rubro que implique un daño indemnizable, sea patrimonial o extrapatrimonial, o respecto de cualquier prestación, sea principal o accesoria (por ejemplo la provisión de garantía o la obligación de seguridad)[238].

[238] A modo de ejemplo, se ha decidido la abusividad de las cláusulas del contrato de caja de seguridad mediante la cuales el banco pretende librarse de responsabilidad ante el hurto, robo o destrucción de su contenido, toda vez que la esencia de tal contrato es el deber de custodia y vigilancia por parte del banco (Cámara Nacional Comercial, Sala C, "Martín, Raúl P. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires", 01/02/2002, La Ley 2002-D, 560).

b) También son consideradas abusivas por el legislador las cláusulas *"que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor"* (artículo 37 inc. "c" LDC).

La solución no podría ser otra no sólo porque la cláusula implicaría restringir los derechos del consumidor o trabar su ejercicio (y por lo tanto ingresaría también en el ámbito del estándar o criterio general del inciso "b" del artículo 37 de la LDC), sino para no perder la coherencia con la propia ley específica, que establece ventajas probatorias en beneficio de los consumidores. Sin embargo, a pesar de la aparente innecesariedad de la norma, las particularidades de la distribución de la carga de la prueba en los procesos de consumo que surgen del artículo 53 LDC (el cual impone a los proveedores la carga de "*aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder*") dan utilidad a la declaración de abusividad de la cláusula en contrario que pretenda incluir el proveedor para dejar sin efecto la regla legal. Atento que este tipo de cláusulas aparecen en los contratos como presunciones que favorecen al proveedor, admitan o no prueba en contrario, debe asumirse que si se sanciona a la cláusula que traslada al consumidor la carga de la prueba para desvirtuar la presunción, con más razón resulta vejatoria la cláusula que le impida la prueba en contrario.

c) Por último en caso de litigios relativos a operaciones financieras para consumo y de crédito para el consumo, cuando las acciones sean iniciadas por el proveedor, el artículo 36 de la LDC (texto según ley 26.993) consagra la nulidad del pacto que establezca la competencia de un tribunal que no corresponda al domicilio real del consumidor.

VII.7.8.2 En disposiciones reglamentarias

Si bien existen entonces sólo tres cláusulas expresamente precalificadas como abusivas en la LDC, el legislador intentó expandir la nómina mediante disposiciones reglamentarias dentro del microsistema del derecho del consumidor.

La Resolución Nro. 53/2003[239] de la entonces "Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor" fue dictada, según sus considerandos, en virtud de que "resulta conveniente confeccionar un listado enunciativo de cláusulas

[239] Publicada en el Boletín Oficial el 24 de abril de 2003.

que encuadran en las disposiciones del artículo 37 de la Ley N° 24.240"[240]. A efectos de optimizar las tareas de detención y remoción de las cláusulas abusivas, establece en su artículo 1 que los contratos de consumo no podrán incluir "cláusulas de las que, con carácter enunciativo, se consignan en el listado que, como Anexo, forma parte" de la Resolución[241], bajo apercibimiento de tenerlas "por no convenidas" y de obligar a los proveedores, en un plazo que la misma normativa fija a "removerlas de los respectivos instrumentos contractuales" y "notificar a los consumidores con contratos vigentes que tales cláusulas han sido removidas y que se tienen por no convenidas, con expresa indicación de que ello obedece al cumplimiento" de la Resolución

[240] En realidad, la resolución viene a ampliar el listado de cláusulas que en el artículo 37 se consideraban abusivas de pleno derecho, añadiendo varios supuestos más a los ya existentes en la norma citada (WAJNTRAUB, JAVIER, "Primeras reflexiones acerca del nuevo reglamento sobre cláusulas abusivas (resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor N° 53/2003)", Jurisprudencia Argentina 2003-II-989).

[241] ANEXO a la Resolución S.C.D. y D.C. N° 53 (*sustituido por artículo 2° de la Resolución N° 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica B.O. 14/8/2003): "*Son consideradas abusivas las cláusulas que: a) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas. b) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos que la autoridad de aplicación determine conforme pautas y criterios objetivos. c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor. En los contratos por tiempo indeterminado podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales. d) Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad, salvo cuando se encuentre autorizado por normas legales especiales. e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I. Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquélla se inicie. II. Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales. III. Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos. f) Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales especiales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato. g) Excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible. h) Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor. i) Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta. j) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios, o en otros negocios jurídicos. k) Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación".

(artículo2). Por último, agrega que tales infracciones "serán pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 47 de la Ley N° 24.240" (artículo 3) que pueden consistir en apercibimiento, multa, decomiso de mercadería, clausura del establecimiento, suspensión en el registro de proveedores del Estado o la pérdida de beneficios impositivos o crediticios[242].

A su turno, la Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica[243] (por entonces dependiente del Ministerio de Economía y Producción), establece que cuando los contratos de consumo previstos en la Resolución 53/2003 tengan por objeto la prestación de servicios de medicina prepaga, servicios de comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios, atento el carácter dinámico de sus prestaciones, lo dispuesto en el Anexo de esta última Resolución "resultará complementado, y en su caso modificado en lo específico, respectivamente, por lo previsto en los Anexos I, II y III", donde se tipifican como abusivas las cláusulas que allí se describen[244].

---

[242]Sin perjuicio de valorar las buenas intenciones que motivaron la sanción de esta resolución, Sandra A. Frustagli y Carlos A. Hernández no comparten el criterio de ampliar el catálogo de cláusulas abusivas pues creen que "el sistema más conveniente y eficaz en la lucha contra ellas es el que se estructura a partir de estándares generales, que le permitan al juez evaluar en el caso concreto la legitimidad de las condiciones contractuales" y que además, "la mayor parte de los supuestos particulares terminan subsumiéndose en definitiva en alguno de los estándares generales reconocidos por la ley para la desestimación de cláusulas vejatorias" (FRUSTAGLI, SANDRA A., y HERNÁNDEZ, CARLOS A., "A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial", Jurisprudencia Argentina – Lexis Nexis 2003-IV-1541, Id Infojus: DASF070020)

[243] Publicada en el Boletín Oficial el 20 de enero de 2004.

[244] ANEXO I En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de medicina prepaga, serán consideradas abusivas las cláusulas que: a) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos: I. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato. Los cambios previstos podrán obedecer a causas fundadas en incorporación de servicios, tecnologías o prestaciones, debiendo el contrato contener los criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales puedan efectuarse las modificaciones, siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes. II. Los mismos revistan carácter general y no estén referidos a un consumidor en particular. III. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al momento de contratar. IV. Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a TREINTA (30) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato. (Apartado sustituido por artículo 1° de la Resolución N° 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior, B.O. 27/9/2007). b) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor. c) Establezcan el cese de la prestación de los servicios originados en un contrato celebrado por el proveedor y un tercero, cuando tal prestación tenga origen en una contratación de carácter corporativo o similar, o provenga de una relación laboral entre el consumidor y el tercero contratante con el proveedor, sea porque se hubiere rescindido o resuelto tal contrato o porque hubiere cesado el vínculo entre el consumidor y el tercero que

Los considerandos de la Resolución 53/2003 reflejan que “en razón de lo establecido en el artículo 38 de la Ley N° 24.240, es función de su autoridad de aplicación vigilar que los contratos de consumo predeterminados no contengan cláusulas de las previstas en su artículo 37”. Y se agrega que la Resolución “se dicta

---

diera origen a las prestaciones, y no se prevea que el consumidor tendrá derecho a que se le brinde cobertura a través de una contratación directa con el proveedor. En tal caso los únicos requisitos que podrán establecerse, para que el consumidor acceda a uno de los planes ofrecidos por el proveedor, mediante el pago del precio establecido para el plan de que se trate, serán que: I. El consumidor no se encuentre en mora respecto de obligaciones asumidas directamente por él con el proveedor. II. El consumidor haya sido beneficiario de los servicios por un periodo determinado, no pudiendo exigirse un lapso mayor a DOS (2) años. III. La notificación que el consumidor deba efectuar al proveedor para contratar los servicios en forma directa se curse en un plazo determinado que no podrá ser inferior a TREINTA (30) días de haberse producido la baja del servicio corporativo o similar. En los supuestos contemplados en el presente inciso, cuando se hubiere omitido prever en el contrato la situación del consumidor, se entenderá que éste tiene derecho a continuar la relación con el proveedor en los términos aquí establecidos. ANEXO II En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de comunicaciones móviles, serán consideradas abusivas las cláusulas que: a) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos: I. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato. II. Los mismos revistan carácter general y no estén referidos a un consumidor en particular. III. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar. IV. Se determinen criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes. V. Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a SESENTA (60) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato. b) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, excepto en relación con los celebrados por tiempo indeterminado, los cuales sólo podrán rescindirse sin causa, previa notificación al consumidor, cursada con una antelación no menor a SESENTA (60) días. ANEXO III En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios financieros y/o bancarios, serán consideradas abusivas las cláusulas que: a) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos: I. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato. II. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar. III. Se determinen criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes. IV Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a SESENTA (60) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato. b) Cuando en contratos cuya duración sea superior a los SESENTA (60) días y se hubiere previsto la renovación automática, no establezcan la obligación del proveedor de notificar al consumidor con una antelación no inferior a SESENTA (60) días, los cargos por renovación u otros que, con carácter variable, se hallaren previstos en el contrato. Quedan exceptuados los contratos de depósitos a plazo fijo cualquiera fuera su duración. c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, excepto en relación con los celebrados por tiempo indeterminado, los cuales sólo podrán rescindirse sin causa, previa notificación al consumidor, cursada con una antelación no menor a SESENTA (60) días, salvo que las normas que regulen específicamente la actividad determinen un plazo distinto. d) Cuando por la naturaleza del servicio se encuentre prevista, accesoriamente, la contratación de un seguro y el proveedor no ofrezca al consumidor la posibilidad de elegir entre distintas compañías aseguradoras.

en uso de las facultades conferidas por el artículo 43, inciso a) y concordantes de la Ley N° 24.420", el cual prevé que la autoridad de aplicación posee, entre otras facultades, la de elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor mediante el dictado de las resoluciones pertinentes.

Por su parte, luego de reiterar los mismos fundamentos que la anterior y de elaborar una síntesis de los antecedentes normativos, en los considerandos de la Resolución 9/2004 se menciona que la Secretaría de Coordinación Técnica "puede determinar aquellos casos de excepción en los que no se considerará cláusula abusiva la que otorga al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, de acuerdo a pautas y criterios objetivos, a la vez que puede prever requisitos adicionales para casos especiales en lo referido a las rescisiones unilaterales incausadas en los contratos de consumo".

Sin reparar en el desatino de dictar tales regulaciones en algunos términos contradictorias con el régimen de fondo que pretenden reglamentar, y a pesar de que en precedentes judiciales se hizo aplicación de las mismas, resultan cuestionables por inconstitucionales ambas resoluciones que amplían la nómina de cláusulas tipificadas como abusivas, no obstante el esfuerzo argumentativo de los redactores de sus considerandos. Su órgano emisor se arrogó facultades reglamentarias que no le corresponden y desbordan el marco de distribución de competencias de la Constitución Nacional que no otorga potestades legislativas a la autoridad de aplicación (ni a ningún otro órgano con competencia administrativa)[245].

VII.8.2.3 En el Código Civil y Comercial

El listado de cláusulas precalificadas como abusivas encuentra por fin su ampliación exenta de cuestionamientos en diversas normas del Código Civil y Comercial, tales como: a) la que declara que la cláusula contractual por la que se

---

[245] Tal como resolvió la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "la ley 24.240 no confirió a la autoridad de aplicación más que funciones de promoción, fiscalización y poder de policía preventivo y sancionatorio. Pero en ningún momento le reconoció atribuciones reglamentarias propias. Esta potestad —por ende— sigue reservada al Presidente de la Nación, de conformidad con el artículo 99 inc. 2 de la Ley Suprema, el que la ejerciera oportunamente con el dictado del decreto 1798/1994" (voto del Dr. Hitters mediante el cual fundamenta su idea acerca de la inconstitucionalidad de la resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Choqui, Néstor Petronio c/ Coop. Viv. Pers. Y.P.F. Gral. Mosconi s/ Cumplimiento de contrato", cit., sumario en Base Juba B30070, al cual con posterioridad remite en "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro Ejecutivo", 01/09/2010, Base Juba Texto Completo).

pacta una interpretación restrictiva no es aplicable a las obligaciones del predisponente en el contrato por adhesión y del proveedor en los contratos de consumo (artículo 1062); b) la que tiene por no escrita la cláusula que prorroga la jurisdicción legal en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares (artículo 1109); c) la que considera nula la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble (artículo 1195); d) la que tiene por no escrita la cláusula que exime de responsabilidad al prestador del servicio de caja de seguridad (artículo 1414); e) la que excluye de la posibilidad de pactar el arbitraje en las contiendas vinculadas a derechos de usuarios y consumidores y en contratos por adhesión cualquiera sea su objeto (artículo 1651, incisos “c” y “d”).

Precisamente el artículo 1195 brinda un claro ejemplo de uno de los problemas que, según advirtiéramos, presenta la tipificación de cláusulas que el legislador presume abusivas, como es la cristalización de la norma. Ello así porque al mencionar como favorecida sólo “a una persona incapaz o con capacidad restringida” —es decir a quien fuera declarada como tal por padecer una adicción o una alteración mental que así lo justifique (artículo 32 del Código Civil y Comercial)— queda a cargo del intérprete incluir o no en la protección a las personas con discapacidad física.

VII.8.3 Valoración del sistema nacional de identificación de cláusulas abusivas

Decir que las cláusulas que impliquen una *renuncia o restricción de los derechos del consumidor* o las que no son *razonablemente previsibles* sólo serán atacables cuando *desnaturalicen el vínculo* en su perjuicio, es lo mismo que asegurar que este último criterio general subsume a los otros dos y fija el ámbito del abuso. De igual modo, cualquiera de las cláusulas tipificadas válidamente como abusivas ingresan dentro del ámbito de alguno de los parámetros legales (por ejemplo, las que limitan la responsabilidad por daños o invierten la carga de la prueba implican una renuncia o restricción de los derechos del consumidor).

Pero a su vez, para concluir si una cláusula puede convertirse en abusiva no alcanza con verificar si está enumerada como tal o ingresa en el ámbito de alguno de los estándares en el marco del negocio en general (pues la aparente desproporción de una cláusula aislada puede encontrar el balance en otra de las cláusulas del contrato)

sino que se la debe interpretar en conexión con el concepto legal que considera ineficaces las cláusulas que afecten inequitativamente al consumidor en el cotejo con los derechos y obligaciones del proveedor.

En resumen, aunque parezca obvio, cualquiera de los tipos expresamente legislados o cualquiera de los parámetros es absorbido por el concepto legal del artículo 1119 del Código Civil que hace las veces de un gran estándar que comprende cualquier otro recurso legal para identificar las cláusulas abusivas. Vale decir que podrán ser consideradas como tales las cláusulas que ingresen dentro del parámetro que ofrece el concepto legal.

VII.9 Consecuencias legales frente a la cláusula abusiva

VII.9.1 Control administrativo en general

Conforme el artículo 38 LDC (texto según ley 27.266), la autoridad de aplicación —que fue variando conforme los cambios de gobiernos— "vigilará"[246] que no contengan cláusulas abusivas los contratos "de adhesión o similares" y amplía esta atribución a las "cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviera posibilidades de discutir su contenido". Es decir que a pesar de que no es un antecedente necesario de la cláusula abusiva que ésta no haya sido negociada sino que también puede aparecer en el marco de un acuerdo paritario de consumo, la norma sólo da lugar a la fiscalización administrativa de los contratos en los que el consumidor no puede discutir el contenido y su participación se limita a adherir sin reservas.

Agrega el artículo 38 del decreto reglamentario 1798/94 que la autoridad de aplicación notificará al proveedor que tales cláusulas abusivas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije, bajo apercibimiento de aplicarle las sanciones del artículo 47 LDC. El mismo decreto reglamentario formula en su artículo 45 distintas pautas procedimentales de las actuaciones administrativas que se

[246] La expresión "vigilancia" significa cuidado y atención en las cosas que están a cargo de uno y por lo tanto debe entenderse que la autoridad de aplicación tiene la obligación de fuente legal de cuidar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas (STIGLITZ, RUBÉN S., "Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo", Jurisprudencia Argentina 2005-II, 7).

inicien por presuntas infracciones a la normativa de consumo, sea de oficio o por denuncia de parte interesada.

Las normas reseñadas definen los términos del referido control administrativo del contenido contractual, que puede llevarse a cabo tanto con anterioridad a la celebración del vínculo o con posterioridad (es decir, en curso de ejecución, haya o no surgido el conflicto), de oficio o a partir de una denuncia de quien invoque un interés particular o de asociaciones que actúen en defensa del interés general de los consumidores (artículos 45, texto según ley 26.993 y 55, texto según ley 26.361 LDC). Y a diferencia de las resoluciones administrativas que tipifican nuevas cláusulas abusivas, no puede ser tildado de inconstitucional el artículo 38 de la LDC, tanto por su origen legal como por la posibilidad de revisión judicial de las decisiones de la administración que otorga el artículo 45 LDC (texto según ley 26.993) el cual, junto con los referidos artículos 38 y 45 del decreto reglamentario 1798/94, contiene el trámite aplicable.

Pero la LDC agrega que si los contratos de adhesión o hechos en formularios requirieran la aprobación de alguna otra entidad nacional o provincial, será ésta la que tome "*las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación*" (artículo 39 LDC)[247]. Es decir que aquellos organismos encargados de la aprobación de los contratos con cláusulas redactadas unilateralmente en actividades específicas deberán adaptarlos al microsistema del consumidor de modo de eliminar toda cláusula vejatoria.

Luego de analizar los artículos 38 y 39 de la LDC, concluye Fernando Shina que habría un control de legalidad genérico, que realiza la autoridad de aplicación de la LDC, y otro que realiza la agencia afectada al control de una actividad específica, aunque la regulación de ambas ocasiona "inquietantes ambigüedades" sobre cuestiones que por su importancia "hubiera sido preferible definir con mayor precisión y contundencia". A modo de ejemplo, se pregunta el autor si la autoridad específica de una actividad puede negarse a cumplir el pedido de la autoridad de aplicación de la LDC para que modifique un contrato al que le encuentra cláusulas abusivas, o bien

[247] Este control administrativo de las cláusulas contractuales no es nuevo en nuestro país. Desde antes de la sanción de la LDC los contratos de seguro deben ser aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación (ley 20.091), los contratos de ahorro previo por la Inspección General de Justicia (artículos 1 y 2 del decreto ley 142.277/43, modificado por los decretos 11651/59, 4061/67, 1344/74, 650/80, 1021/82 y 34/86, artículo 9 de la ley 22.315 y artículo 40 de la ley 23.270) y los contratos de Tarjeta de Crédito deben ser aprobados y registrados por la Secretaría de Comercio Interior (ley 25.065).

cuál es el criterio que prevalece en caso de divergencia entre la autoridad de aplicación de la LDC y la autoridad de una actividad específica[248].

Aunque el contrato haya sido objeto de aprobación por el ente estatal y el texto que resulte sea vinculante para el predisponente, el consumidor podrá cuestionar su contenido si considera que aún conserva términos abusivos. La aprobación no significa que el órgano administrativo asuma funciones legislativas que le permitan convertir en ley los contratos que debe aprobar en ejercicio de una función de mera vigilancia, y por lo tanto que pueda transformarlos en derogatorias de otras disposiciones[249]. Al respecto, el artículo 1122 del Código Civil y Comercial aclara que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control judicial (inciso "a") pues reconoce que a pesar de esa aprobación, el vínculo conserva su naturaleza contractual que permite que sus cláusulas sean impugnadas por abusivas[250].

De todos modos, si la autoridad es la encargada ya no de aprobar el contrato, sino de redactar sus cláusulas, se ha decidido que no hay posibilidad de reclamar por abuso al proveedor[251].

VII.9.2 El control administrativo en los reglamentos de propiedad horizontal

Si bien los órganos administrativos de control existen a partir de la delegación de funciones que realiza el artículo 38 de la LDC a favor de la autoridad de aplicación para el examen de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo "de adhesión o similares", señalan Manuel Cornet y Magdalena Cornet Oliva, y adherimos a la idea, que la sustracción que efectúa el Código Civil y Comercial de los contratos de

---

[248] SHINA, FERNANDO, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 165.

[249] En estos términos se expidió la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, respecto de las condiciones generales de una póliza de seguro de responsabilidad civil, aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación ("Rojas, Rolando I. c/ Huarpe, Coop. de seguros", 24-05-1988, La Ley 1989-E, 15, con nota de Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz).

[250] Se dijo que la cláusula *Claims Made* incorporada a un seguro médico es abusiva en cuanto desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato, a pesar de haber sido autorizada por resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Cámara Nacional Civil, Sala F, "F. R. C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", 03/03/2011, La Ley 2011-B, 406, La Ley Online AR/JUR/1741/2011).

[251] En ese sentido, se resolvió que si cláusula del contrato de seguro que cuestiona el demandante coincide con la estipulación aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, cabe descartar de plano un intento de abuso frente a la parte débil de la relación contractual, pues no fue redactada por la aseguradora (Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, "Lebed, Alejandro Gabriel c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/Daños y Perjuicios Por Incumplimiento Contractual", 26/03/2015, inédito).

adhesión, que ya no forman parte exclusivamente del Derecho del Consumo (pues su regulación se ubica dentro de las normas previstas para los contratos en general), implica que se pueden extender las facultades de estos órganos administrativos "para controlar cualquier tipo de contrato y no de manera exclusiva aquellos en donde el adherente reviste el carácter de consumidor"[252].

Más aún, en la regulación de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas que trae el Código Civil y Comercial, se han incorporado dos normas que se ocupan de las cláusulas abusivas, los artículos 988 y 989, la primera de las cuales permite identificarlas y se aplica también a los contratos de consumo por el reenvío del artículo 1117.

A pesar de la aparente generalización del sistema de control administrativo que pretende la ley, no se conoce que la autoridad de aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que el artículo 38 LDC (texto según ley 27.266) le asigna, haya hecho valer su poder de policía, de oficio o a instancia de un denunciante, para controlar el equilibrio de los derechos, previo a la puesta en práctica de los reglamentos de propiedad horizontal, o con posterioridad[253].

Del mismo modo, hoy resulta poco probable que se haga efectivo el control de la autoridad de aplicación respecto de quien afecte su inmueble al régimen horizontal y redacte el reglamento, para que publique en su sitio web "*un ejemplar del modelo de contrato a suscribir*" (según el segundo párrafo de la norma, agregado por ley 27.266). Atento que el control actual se circunscribe a las relaciones de consumo, la autoridad de aplicación no tiene cómo saber si entre el predisponente de las cláusulas del reglamento que transmite las unidades y los adquirentes (todos o algunos, a cuyos títulos se integra el reglamento) se establece una relación de consumo que haga nacer el deber de vigilancia del Estado que se concreta en la fiscalización de los contratos bajo cláusulas generales para evitar que éstos incluyan términos abusivos.

Si la vigilancia comenzara a aplicarse a los reglamentos de propiedad horizontal, y así lo alentamos, la autoridad de aplicación podría ordenar a su redactor la

---

[252] CORNET, MANUEL y CORNET OLIVA, MAGDALENA, "El contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-3: Contratos Parte General, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 303.

[253] Lo mismo ocurre con los contratos de fideicomiso que suelen contener todo tipo de cláusulas abusivas, como por ejemplo las que establecen la obligación de cancelar las obligaciones en moneda extranjera y paralelamente prohíben invocar la imprevisión o reemplazar la moneda pactada, en caso de imposibilidad de obtenerla, por la cantidad de la divisa nacional suficiente. En general, la autoridad administrativa no ha ejercido el control preventivo con frecuencia.

sustitución de la cláusula cuestionada o, en caso de negativa, suprimirla y, de ser necesario, integrar el contrato, pues no tendría sentido dotarla de funciones de vigilancia y a la vez privarla de las herramientas para que cumpla la tarea con eficacia.

A pesar de que hemos sostenido que el control administrativo del reglamento puede ser anterior o posterior a la puesta en funcionamiento del sistema consorcial, siendo que la multiplicidad de propietarios podría determinar una colisión de intereses entre quienes se ven afectados por la cláusula tildada de abusiva y entre quienes no, sería conveniente que la vigilancia se haga efectiva antes de la inscripción del reglamento.

Si bien también dijimos que el control administrativo no impide un posterior control judicial, no hay dudas de que la intervención de la autoridad previo a la venta de las unidades desalentará al predisponente a incluir en el reglamento cláusulas que la autoridad de aplicación rechace en forma reiterada por abusivas. Como ejemplo que corrobora este razonamiento, mencionamos los escasos planteos de nulidad de los estatutos de las asociaciones civiles, cuya aprobación es precedida del control estatal.

VII.9.3 Control judicial

Uno de los principales factores que dieron impulso al derecho del consumidor sin dudas fue la regulación del control judicial de las cláusulas abusivas.

a) En el último párrafo del artículo 37 LDC, el legislador contempló la "*nulidad*" del contrato o de una o de algunas de sus cláusulas ante la falta de cumplimiento por parte del proveedor (la ley dice "del oferente") del deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o cuando transgreda el deber de información[254], la legislación de defensa de la competencia o la de lealtad comercial. En principio se trata de un contrato válido o de cláusulas válidas

[254] En el marco de una relación de consumo, el adquirente perjudicado a causa de una información no divulgada, o erróneamente divulgada, también puede valerse de la tutela diferencial de la legislación especial, prevista en los artículos 4 de la LDC y 1100 del Código Civil y Comercial. En materia de deber de información en un negocio inmobiliario, se condenó al oferente de lotes de terreno en un barrio cerrado que no había cumplido con lo publicitado y vulneró la confianza que tuvo en miras el comprador al momento de contratar, a abonar al comprador la diferencia en dinero del inmueble por él construido, a causa de no haberse llevado a cabo obras de infraestructura que integraban la propuesta formulada a través de publicidad mediante revistas, diarios y folletos y cuyas expectativas habían sido las razones que lo llevaron a construir (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, "Zuccotti, Horacio c/ Barrio Cerrado S.A.", 31/10/2005, Doctrina Judicial del 22 de febrero de 2006, Jurisprudencia Argentina 2006-I , 561).

las cuales no ingresan en los parámetros de abusividad de la primera parte del mismo artículo 37 LDC, pero que pueden perder su validez como resultado del planteo judicial de nulidad.

Las violaciones que taxativamente menciona la ley conllevarán esta única sanción respecto del contrato o de algunas de sus cláusulas (esto último si la nulidad parcial bastara para resguardar los derechos del consumidor) pero, a diferencia de las cláusulas que provocan el desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor (abusivas), en este caso la sanción de nulidad es motivada por comportamientos previos que conducen a la celebración del contrato. Aunque en estos casos el consumidor puede instar la nulidad, cabe aclarar que también puede perseguir una sanción de menor gravedad, como la imposición de una multa.

b) Por su parte, tanto la primera parte del artículo 37 LDC como el artículo 1122 del Código Civil y Comercial tienen por "*no convenidas*" aquellas cláusulas del contrato de consumo que se reputen abusivas —sanción que descarta la posibilidad de juzgar el abuso en un contrato verbal— a partir de su subsunción en los marcos normativos que la ley brinda, o en los casos de las cláusulas que el legislador tipifica expresamente como abusivas[255]. En cualquier supuesto se trata de contratos válidos que contienen cláusulas que perjudican al consumidor en razón del desequilibrio significativo que producen entre los derechos y las obligaciones de las partes, tales las pautas del artículo 1119 del Código Civil y Comercial para considerarlas abusivas.

c) Dentro de las normas que regulan los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas sean o no de consumo, el artículo 988 del Código Civil y Comercial señala que las cláusulas abusivas "se deben tener por no escritas". Y según el artículo 1117 del mismo Código, aquella norma se aplica también a las cláusulas abusivas de los contratos de consumo existan o no cláusulas generales predispuestas, a pesar de que para estos contratos el artículo 1122 las tiene "por no convenidas".

VII.9.3.1 Naturaleza de la ineficacia de las cláusulas abusivas (distintas posiciones)

De la lectura de los textos legales (artículos 37 LDC, 988 y 1122 del Código Civil y Comercial) no surge con claridad a qué tipo de ineficacia alude la sanción de tener

[255] No es claro si además se podría lograr la condena por daños punitivos cuando se acciona para dejar sin efecto una cláusula abusiva, porque ante su falta de ejecución no existiría el "damnificado" que exige el artículo 52 bis LDC como recaudo de procedencia de la sanción.

una cláusula por “no convenida” o “no escrita”. Las fórmulas utilizadas por el legislador han dado lugar a un importante y reconocido debate al respecto, en el cual nos detendremos sólo para identificar las posiciones en pugna, pero sin pretender agotar los argumentos de cada una pues la respuesta en cualquier sentido no incide en nuestro trabajo.

Frente al interrogante acerca de la naturaleza jurídica de la sanción, habrá que responder si la norma consagra un supuesto de *nulidad* o determina la *inexistencia* de la cláusula[256]. La nulidad es la sanción legal que, en razón de una causa originaria, priva de los efectos que los autores perseguían con la realización de un acto jurídico[257], pero produce otros que no eran buscados; mientras que el acto inexistente no llega a ser un acto jurídico (aunque aparente serlo) por carecer de algún elemento esencial para su formación y por lo tanto no puede producir consecuencia alguna.

a) Para unos, la facultad legal del consumidor —que consagra la última parte del artículo 37 LDC— de demandar la nulidad total o parcial del contrato ante la violación al principio de buena fe, sea en la etapa anterior al contrato o durante su celebración, o cuando se hubiese violado el deber de información o las leyes de defensa de la competencia o lealtad comercial, comprende e incluye el efecto de la primera parte de la norma de tener por “no convenidas” las cláusulas abusivas. Sostiene esta idea Sandra Frustagli quien aduce que no es discutible que en cualquier caso una cláusula abusiva implica siempre una infracción al principio de buena fe por parte de quien la propuso. Y si se parte de la base que el legislador debe brindar el

---

[256] En una solitaria posición, Juan Manuel Farina considera que el tipo de ineficacia que se consagra es la *inoponibilidad* de las cláusulas abusivas Sin desmerecer la propuesta del autor, su conclusión nada aporta al debate pues pone su acento en la inoponibilidad del contrato a quien no es parte, pero deja sin responder cuál es la ineficacia con la que se califica el abuso para las partes del contrato (FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 429 y 430). Esta idea implica un cambio respecto de la primera edición de la obra en las cual el autor entendía que se trataba de un supuesto de “nulidad (o bien ineficacia) de las cláusulas abusivas (mencionadas en los incs. a, b y c) al decir que ´se tendrán por no convenidas´(ineficacia de pleno derecho) sin que esto afecte —necesariamente— la validez del contrato” (FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario,* Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 283 y 284).

[257] Nuestra propuesta sigue la clásica definición de Raymundo M. Salvat, para quien la nulidad es “la sanción legal que priva de efectos a un acto jurídico en razón de una causa originaria” (SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino, Parte General*, 8va. edición, Buenos Aires, La Ley, 1947, t.2, p. 522, núm. 2583).

mismo tratamiento ante situaciones iguales, la sanción que se expresa por la frase "se tendrán por no convenidas" no es otra que la nulidad[258].

Y respecto del Código Civil y Comercial, explica Carlos Hernández que la nueva norma no supera la ambigüedad de la LDC pues si bien declara que la cláusula abusiva se tiene por "*no convenida*" (artículo 1122, inciso b), en el inciso siguiente del mismo artículo referido al control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, se detiene en la posibilidad de que el juez declare "la nulidad parcial del contrato…", por lo que concluye que debió haberse prescripto la nulidad de manera expresa[259].

b) Para otros, de acuerdo a la pauta del artículo 3 LDC, ante dos interpretaciones posibles hay que estar a la más favorable para el consumidor, que es la que consagra la inexistencia de la cláusula abusiva, pues consideran que los efectos de esta sanción son más protectorios del consumidor que los que apareja la nulidad. Esta posición es sostenida por Luis R. J. Sáenz quien, previa enumeración de

---

[258] Explica la autora: "(la nulidad) encuentra justificación en la interpretación contextual y sistemática de la ley. Al efecto debemos considerar especialmente el párrafo tercero del artículo 37, donde se faculta al consumidor a demandar la nulidad total o parcial del contrato si el empresario hubiese quebrantado el deber de buena fe, sea en la etapa previa a la conclusión del contrato o durante su celebración, o hubiese violado el deber de información o las leyes de defensa de la competencia o lealtad comercial. Es indiscutible que la inclusión de cláusulas abusivas constituye un comportamiento contrario a la buena fe; además, los criterios generales y particulares consagrados por el mismo artículo en su primer párrafo para descalificar a una cláusula como abusiva tienen su fundamento último en la buena fe negocial, como ya lo señaláramos oportunamente. De ahí que, estimamos razonable interpretar que el legislador haya dado a supuestos análogos (conducta contraria a la buena fe) tratamientos iguales y que, por lo tanto, la sanción contenida bajo la expresión "se tendrán por no convenidas" es la nulidad… Además, pensamos que la sanción de inexistencia puede resultar admisible para el supuesto de inobservancia de requisitos de orden formal o extrínsecos, como sucede con los regulados en el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación de España, orientados a garantizar al adherente la posibilidad de conocer las condiciones generales, resultando que solamente cuando concurren esos recaudos cabe presumir que ha recaído el consentimiento sobre ellas, y están, por consiguiente, integradas al contrato. Pero, por el contrario, en el caso analizado en nuestra ley la sanción recae sobre condiciones incorporadas efectivamente a la relación contractual que serán privadas de su eficacia si su contenido contraría el ordenamiento jurídico; por cierto, para llegar a declarar la nulidad el juez procederá a valorar la equidad intrínseca de la estipulación cuestionada en función de los criterios abiertos consagrados por el legislador, y dentro del marco obligacional de una concreta relación contractual." (FRUSTAGLI, SANDRA A., "Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas - Análisis de su regulación en los derechos español y argentino", JA 1999-III-975, Abeledo Perrot Online Nº: 0003/000022). Esta posición también es la de Diego H. Zentner quien sin brindar mayores fundamentos concluye que "Todo parece indicar que la sanción prevista por el legislador no es otra que la nulidad de la estipulación abusiva" (ZENTNER, *op.cit.*, p.198).

[259] HERNÁNDEZ, CARLOS A. en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Comentario al artículo 1122, Ricardo Luis Lorenzetti (director), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, t. 6, p. 314.

los efectos que la doctrina arroga a la inexistencia del acto, sostiene que esta sanción que aplica la primera parte del artículo 37 LDC a la previsión contractual abusiva "*es, claramente, más gravosa*" que la nulidad[260].

Con argumentos similares Carlos A. Molina Sandoval indica que la LDC no habla expresamente de la nulidad de la cláusula abusiva pero tampoco de su inexistencia y por lo tanto debería crearse como nueva categoría jurídica la de tener por "no convenida" una cláusula; sin embargo, afirma que luego de indagar los efectos de esta nueva categoría, se percibe que "*serían los mismos que la doctrina ha pregonado para el acto inexistente*", y como la inexistencia es más favorable que la nulidad para el consumidor, cabe aceptar en este caso que la cláusula abusiva debe considerarse inexistente[261].

Atilio Alterini también se pronuncia a favor de que la referencia legal a cláusulas que se tienen por "no convenidas", alude a la inexistencia; pero salvo la mención de las que a su juicio considera ventajas de este tipo de ineficacia frente a las nulidades (por ejemplo que no es necesario accionar mediante una demanda sino que al consumidor le alcanza con plantear la inexistencia), no brinda otras razones de fuente legal que lo llevan a concluir en tal sentido[262].

Y sin brindar ninguna fundamentación, Eduardo L. Gregorini Clusellas distingue los deberes de buena fe y de información, que son impuestos por el artículo 37 LDC bajo sanción de nulidad, de las cláusulas abusivas que la misma norma tiene por "no escritas" a las que se les aplica la calificación de actos inexistentes[263]. Con la misma ausencia de explicaciones Marcelo López Mesa —al enumerar los supuestos que

---

[260] SÁENZ, *op.cit.*, t. 1, p. 457.

[261] MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., "La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario", La Ley 2007-E, 1288. Para el autor, los efectos de la inexistencia son: la posibilidad de que el juez califique de oficio como no pactada la cláusula abusiva, que dicha cláusula no pueda ser convertida en un acto válido a pesar de que el juez pueda integrar el contrato, que pueda ser solicitada por todo interesado (aun el Ministerio Público) y en cualquier instancia del proceso sin que pueda argüirse violación del principio de congruencia, y que no se aplican las reglas de la nulidad de los actos jurídicos.

[262] ALTERINI, ATILIO A., *Contratos (civiles - comerciales - de consumo). Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 392.

[263] GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L., "Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios", DJ05/03/2008, 536 - DJ2008-I, 536, diario La Ley del 28 de abril de 2008, p. 6 – La Ley 2008-C, 179, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala F, 01/06/2007, "Consorcio de Prop. Avenida del Libertador 5624 c/ ECMA S.R.L."; "El consumidor inmobiliario…", *op.cit*.

considera como de inexistencia en el Código Civil y Comercial— concluye que la redacción del artículo 988 que tiene por "no escritas" las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas "da margen para pensar que las cláusulas que caen dentro de los supuestos que la norma contempla constituyen genuinos actos inexistentes" Y de igual modo, afirma que al tener por "no convenidas" a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, el artículo 1122 inciso "b" "lleva a pensar que ellas deben ser vistas como actos inexistentes"[264].

Quien igualmente se enrola en esta postura y se ha encargado de señalar las razones de lógica jurídica que a su juicio dan lugar a considerar inexistentes las cláusulas abusivas es Javier Wajntraub para quien al tenerlas por "*no escritas*" el legislador presupone que no hubo consentimiento del consumidor respecto del contenido de las cláusulas impugnadas y de esta forma cae uno de los elementos estructurales del contrato como acto jurídico (la manifestación de voluntad)[265].

VII.9.3.2 Nuestra opinión

Las dudas doctrinarias acerca de si la *inexistencia* constituye un supuesto autónomo de ineficacia del acto jurídico, se fundan en que ni siquiera cuenta con una consagración legal expresa en nuestro derecho en cuanto a sus posibles consecuencias[266], más allá de las escasas apariciones de la expresión "inexistencia"

---

[264] LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, 2da. edición, Montevideo – Buenos Aires, editorial B de f, 2015, p.542. El autor sostiene que el Código Civil y Comercial termina con las dudas y recepta expresamente la categoría de acto inexistente al consagrarla en distintos supuestos, "pese a no haberla dotado de un régimen legal detallado" (p. 538).

[265] WAJNTRAUB, JAVIER H., *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2004, p. 186.

[266] Si bien la ineficacia del acto jurídico puede obedecer a causas variadas, e incluso no siempre proviene de un vicio o defecto del acto (tal el caso del testamento que es ineficaz hasta la muerte del testador), el Código Civil y Comercial sólo dedica regulaciones específicas a la nulidad y a la inoponibilidad en el Capítulo 9 (que integra el Título IV del Libro Primero) titulado "Ineficacia de los actos jurídicos" que las aglutina quizás por ser las únicas que provienen de causas originarias o contemporáneas a la celebración del acto. Es decir que de las dos categorías en pugna, sólo la nulidad constituye una sanción cuyo origen y consecuencias admite la ley, por tratarse de una categoría legal; lo contrario sucede con la inexistencia, que no constituye una categoría legal y por lo tanto la ley no le otorga consecuencias jurídicas.

en el discurso legislativo nacional[267]. Este silencio ha dividido aún a quienes la admiten como supuesto autónomo de ineficacia, entre los que asumen su calidad de categoría jurídica y piensan que debe ser regida por la ley, y quienes la consideran una categoría racional por ser sólo el entendimiento del intérprete el que le muestra que si no hay acto jurídico no se lo puede tratar como tal[268].

No es la oportunidad para ingresar en el debate acerca de la aceptación o el rechazo de la categoría de los actos jurídicos inexistentes[269], máxime que, aún de admitirla, nos pronunciamos por la tesis que tiene por nulas las cláusulas abusivas a partir de los siguientes argumentos[270]:

---

[267] El artículo 11 de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (tanto en su redacción originaria como a partir de la ley 26.742) dispone que las directivas médicas anticipadas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, "se tendrán como inexistentes". Por su parte, el artículo 376 del Código Civil y Comercial regula la responsabilidad por inexistencia en la responsabilidad voluntaria y el artículo 406 del mismo Código enuncia el consentimiento personal y conjunto de dos contrayentes ante la autoridad competente, como recaudo indispensable "para la existencia del matrimonio". Esta última norma agrega que el acto que carece de este requisito "no produce efectos civiles", a diferencia de la nulidad que implica la falta de producción de los efectos jurídicos perseguidos por los sujetos al celebrarlo, pero no de otros (la inexistencia del matrimonio también parece estar consagrada a contrario sensu en el artículo 2622 del Código Civil y Comercial, propio del derecho internacional privado, cuando afirma que "la existencia y validez" del matrimonio "se rigen por el derecho del lugar de la celebración"). Por último, el artículo 1639 del Código Civil y Comercial establece que el pacto por el cual el cedente no garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato se tiene por no escrito "si la nulidad o la inexistencia se debe a un hecho imputable al cedente", redacción que también parece sostener la distinción entre nulidad e inexistencia.

[268] Esta última es la posición de Jorge Joaquín Llambías (*Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot: Librería Histórica, 2009, pp. 17 y 19). Afirma el autor que la categoría de actos jurídicos inexistentes es extraña al sistema de las nulidades pues éstas constituyen sanciones legales que recaen sobre un acto jurídico real o existente mientras que la inexistencia es una noción conceptual (no legal) que aplica a ciertos hechos que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos; a este "no ser acto jurídico" se le asigna la denominación de "acto jurídico inexistente". En resumen, la nulidad es una sanción de la ley la cual también da su régimen y determina sus consecuencias; pero nada de ello corresponde si el acto material obrado es un acto jurídico inexistente donde los efectos no surgen del sistema legal de sanciones que no se ocupa de la nada jurídica.

[269] De aceptarse la autonomía de la inexistencia como supuesto de ineficacia, la única diferencia (incluso menor) que se proyectaría en la práctica entre la inexistencia sugerida por el texto de la ley y la nulidad absoluta pasa por la legitimación para accionar. Según el artículo 387 del Código Civil y Comercial, "la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho", se ve limitada para alegar la nulidad absoluta, valla que no rige para la inexistencia. Cuando el artículo 392 del Código Civil y Comercial no permite a los subadquirentes de derechos reales o personales sobre inmuebles o muebles registrables ampararse en su buena fe y título titulo oneroso para repeler el reclamo del titular del derecho si éste no ha intervenido en la primera transmisión, su falta de participación determina que el acto le sea inoponible y no que sea inexistente; de haber mediado la nulidad del mismo acto, esta categoría de ineficacia sí le hubiera permitido al subadquirente repeler el reclamo.

[270] Aunque no está de más aclarar que la ineficacia de una cláusula de un contrato de consumo y su consecuente integración judicial no sólo proviene a partir de la nulidad por su carácter

a) Si quien propugna que la ineficacia de la cláusula abusiva alude a la inexistencia hace hincapié en la falta de configuración del consentimiento por parte de los sujetos del acto como uno de los elementos esenciales del contrato, debería concluirse que el consumidor no necesita promover un planteo judicial para obtener una sentencia que deje sin efecto la cláusula vejatoria que sólo existe en apariencia. Sin embargo, si el consumidor asume que una cláusula es abusiva y se comporta como si estuviera "*no convenida*" (mejor dicho, como si no hubiera sido convenida), será el proveedor el que, frente a la resistencia, no tenga otra alternativa que exigir el cumplimiento a través de un proceso judicial, cuyo trámite derivará en una sentencia que deba pronunciarse respecto de la eficacia de la cláusula. En el mismo caso, si frente al reclamo judicial del proveedor el consumidor pretende oponerse a la aplicación de la cláusula deberá pedir al juez que la declare como "no convenida".

b) Cuando el proveedor omitiera incluir las constancias que indica el artículo 36 LDC (texto según ley 26.993) en el documento por el que se labre el contrato de servicios financieros o de crédito para el consumo, el mismo artículo confiere el derecho al consumidor de demandar "la nulidad del contrato o de una o más cláusulas". Si bien no puede verse en el caso la existencia de una cláusula abusiva sino más bien la falta de cláusulas que el legislador considera esenciales, la omisión del proveedor provoca el desequilibrio perjudicial para el consumidor que califica el vínculo como abusivo y que permite extender la solución a las cláusulas de este tipo.

c) La nulidad califica únicamente a los actos jurídicos[271] —es decir no a los actos ilícitos, ni a los hechos jurídicos ni a los simples actos voluntarios—, por ser los únicos actos que producen efectos jurídicos perseguidos por las partes. Y la nulidad del acto jurídico contrato puede extenderse a la totalidad del acto o a una o algunas de sus cláusulas. En el primer caso la nulidad será total, y provocará los efectos restitutorios e indemnizatorios que la ley determina, mientras que los restantes supuestos darán lugar a la declaración de nulidad parcial que permite la subsistencia del contrato. Pero no hay normas que permitan inferir una inexistencia parcial del acto.

---

abusivo, sino que a la misma consecuencia se llega a través de cláusulas que permiten distintas interpretaciones o que por su deficiente redacción no admiten ninguna interpretación, temas en los que nos hemos detenido al hablar de cláusulas ambiguas.

[271] Por su claridad, citamos a Ricardo D. Rabinovich Berkman quien afirma al respecto que "Lo importante es que sólo puede ser nulo un acto jurídico. No es nula ni anulable la lluvia, ni el terremoto (hechos jurídicos naturales) ni un homicidio (hecho jurídico humano voluntario ilícito). Ni siquiera un simple acto lícito. El adjetivo ´nulo´ sólo puede dársele, en la terminología de la ciencia del derecho, a un acto jurídico" (RABINOVICH BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil*, 2da. edición, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 529).

El artículo 37 LDC tiene por no convenidas las cláusulas abusivas "*sin perjuicio de la validez del contrato*" lo cual obliga a entender que la sanción puede limitarse a una o a más cláusulas que integran el acto jurídico[272]. Del mismo modo el artículo 36 de la LDC indica, en el caso de contratos de servicios financieros y de crédito para el consumo, que cuando el proveedor omitiera incluir en el documento que corresponda alguno de los datos que la propia norma enumera, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato "o de una o más cláusulas". Y por su parte, el inciso "c" del artículo 1122 del Código Civil y Comercial —que se ocupa del control judicial de las cláusulas abusivas en el contrato de consumo— otorga expresamente la posibilidad al juez de declarar la nulidad parcial del contrato. En todos los casos esta sanción requiere que las cláusulas del contrato ("disposiciones" decía el Código Civil en el artículo 1039 y dice el Código Civil y Comercial en el artículo 389) sean susceptibles de separación[273] sin que cada porción pierda su autonomía, circunstancia que debe ser apreciada en cada caso particular.

Entonces, si de acuerdo a la normativa citada la única sanción cuyos efectos pueden ser parciales es la "nulidad"[274], ni la LDC ni el Código Civil y Comercial consagran la inexistencia del acto jurídico sino su nulidad, que puede articularse en el proceso judicial como acción o como excepción (artículo 383 del Código Civil y

---

[272] Dejamos a salvo que el artículo 37 LDC prevé la facultad del consumidor de optar por pedir la invalidez *total* del contrato cuando "el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial".

[273] No está de acuerdo Enrique Máximo Pita con que sea la posibilidad de separar el contenido contractual, la que habilite derechamente a instar la nulidad parcial. Explica que los elementos esenciales de cualquier contrato de cambio, tales como el precio o la cosa vendida, son eminentemente separables, pero la nulidad de uno de ellos no posibilita mantener la validez del resto, salvo que la ley prevea un mecanismo de integración de la porción anulada. La separabilidad de las cláusulas será una primera comprobación pero en ello no se agota el procedimiento dirigido a mantener la validez del acto. Tampoco es decisivo que se trate de cláusulas no esenciales o accesorias pues cabe la nulidad parcial aún ante la falta de elementos esenciales o principales, si la ley proporciona el reemplazo. Concluye que lo que cabe entonces es verificar si la parte inválida puede reemplazarse mediante algún mecanismo de integración de modo de mantener el equilibrio contractual, lo cual requiere de pautas precisas; si tal resultado no puede obtenerse, no cabe más que la invalidación total del acto (PITA, ENRIQUE MÁXIMO, "La nulidad parcial del contrato. En los contratos en general y en los contratos de consumo", La Ley 02-08-2005, 1, La Ley 2005-D, 1303).

[274] Aunque no podemos dejar de mencionar la solitaria opinión de Eduardo L. Gregorini Clusellas quien, siguiendo su idea en cuanto a que la ley sanciona con nulidad la violación a los deberes de buena fe e información y con inexistencia a las cláusulas abusivas que tiene por "no escritas", considera que tanto en los casos de nulidad parcial como de inexistencia parcial es procedente la integración judicial del contrato ("Las acciones del adquirente o locador de obra…", *op.cit*. y "El consumidor inmobiliario…", *op.cit.*).

Comercial)[275], en este segundo caso cuando el damnificado repara en el carácter leonino de la cláusula frente al reclamo del actor para hacerla valer en un caso concreto.

d) En el campo del derecho del consumidor, en virtud del principio de conservación del contrato (según el cual debe privilegiarse su subsistencia), el artículo 36 de la LDC indica que cuando el juez declare la nulidad parcial del contrato que tenga por objeto operaciones financieras y de crédito para el consumo simultáneamente lo integrará "si ello fuera necesario". En los mismos términos, el artículo 37 de la LDC explica para cualquier supuesto contractual de consumo que cuando el juez declare la nulidad parcial, "simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario"[276]. En igual sentido, el artículo 1122 inciso "c" del Código Civil y Comercial, aplicable a los contratos de consumo, indica que "si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad"[277].

Y fuera del derecho del consumidor, el Código Civil y Comercial consagra la potestad del juez que declara la nulidad parcial de cualquier contrato, de integrarlo en forma simultánea "en caso de ser necesario" (según el genérico artículo 389 que regula las ineficacias del acto jurídico) o "si no puede subsistir sin comprometer su

---

[275] De esta disposición se desprende con claridad que sólo los jueces pueden declarar las nulidades. La misma solución surgía del artículo 1037 del Código Civil según el cual "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen".

[276] Otra posibilidad de integración judicial del contrato que brinda la LDC se encuentra en el artículo 36 (texto según ley 26.993) al expresar que cuando el proveedor omitiera incluir alguno de los datos que la norma describe en ocho incisos de modo claro al consumidor en el documento que corresponda a una operación financiera o de crédito para el consumo, "el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario."

[277] A pesar de que el artículo establece que el juez "debe" integrar el contrato, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se aclara que frente a la nulidad parcial "se establece la facultad de integrar el acto jurídico en caso de ser necesario". La contradicción es más aparente que real pues se requerirá necesariamente la labor de integración cuando se trata de la nulidad del contenido esencial del contrato (otras veces el conflicto concluirá con la sola declaración de nulidad de la cláusula cuestionada). Y es el juez el que decide si el contrato mantiene su eficacia con la sola amputación, sin que la ley regule el reemplazo. En tal caso, deberá sostener la eficacia del contenido no afectado si el acto puede subsistir aún sin la cláusula vejatoria, porque conserva el contenido mínimo que permite cumplir el propósito tenido en cuenta por las partes para contratar.

finalidad" (artículo 989, dedicado a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas sean o no de consumo).

Se habla de integración del contrato cuando luego de desentrañar el sentido y alcance del acuerdo como acto jurídico (labor propia de la interpretación) y de determinar su naturaleza jurídica para incluirlo en las categorías existentes (labor propia de la calificación), el juez como intérprete[278] pasa a completar la laguna contractual porque no ha sido previsto el contenido esencial, o es injusto.

Atento que la posibilidad de integración sólo está prevista frente a la "nulidad parcial", de considerarse que cuando ambos cuerpos legales (la LDC y el Código Civil y Comercial) tienen "por no convenidas" o "por no escritas" las cláusulas abusivas consagran la inexistencia, la ley podría aportar una solución desfavorable para el consumidor al privarlo de obtener el bien o el servicio que precisaba ante la desaparición de una parte del contrato. Es por eso también que en el ámbito del derecho del consumidor la nulidad parcial será la regla frente a las cláusulas abusivas[279], mientras que será excepcional la nulidad total (más frecuente en los contratos que no son de consumo) pues su declaración le haría sufrir consecuencias negativas en contra de la finalidad protectoria de esta rama del derecho, y desalentaría cualquier reclamo del consumidor, que quiere concretar la operación dejando sin efecto los términos vejatorios del contrato[280].

---

[278] A diferencia de la integración, no siempre la labor de interpretación es llevada a cabo por el juez pues en ocasiones son los propios otorgantes del contrato quienes aclaran el sentido y alcance de algunas de sus cláusulas. Afirma Juan Carlos Garibotto que este proceder se denomina "interpretación auténtica" y se plasma en el llamado "acto jurídico de interpretación", que impide otra inteligencia distinta de la que surja de la cláusula de interpretación, que debe ser precisa y no afectar el interés de los terceros (GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Teoría General del Acto Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 69). Julio César Rivera y Luis Daniel Crovi califican a la facultad del juez de integrar el contrato como "bien dudosa", "absolutamente exorbitante" y "absolutamente contradictoria con la idea de nulidad parcial". Consideran que si el contrato puede subsistir sin la cláusula viciada y por ello su nulidad es parcial, mediante la integración el Código Civil y Comercial deposita una confianza excesiva en los jueces a expensas de la voluntad de las partes que constituye el fundamento de la obligatoriedad del contrato pues se les impone uno distinto al que ellas han querido (RIVERA, JULIO CÉSAR y CROVI, LUIS DANIEL, *Derecho Civil. Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 867).

[279] La Directiva 93/13 CEE del 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores" luego de aclarar que estas cláusulas no vincularán al consumidor, concluye que "el contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

[280] No coincidimos con Pablo Bagalá en cuanto afirma, en su comentario al artículo 1122 inciso "c" del Código Civil y Comercial, que a diferencia del sistema de la ley 24.240 que autoriza al consumidor a pedir la nulidad del contrato o de una más cláusulas y el juez sólo integra el contrato en caso de ser necesario, la nueva norma "no contempla la posibilidad de peticionar la nulidad total del contrato —lo cual opera en perjuicio del consumidor a todas

Hasta el dictado del Código Civil y Comercial la legislación nacional no aportaba reglas o pautas a tener en cuenta por el intérprete a la hora de cumplir con la integración contractual en los supuestos de ineficacia parcial, más que alguna referencia indirecta al tema en las reglas y principios propios del microsistema específico (por ejemplo el que obliga a decidirse por la solución más favorable para el consumidor), en el Código Civil (por ejemplo el criterio de la aplicación diferida de las leyes supletorias que surgía del artículo 3) y en el Código de Comercio (la importancia de la costumbre realzada en los artículos 217 y 218 inciso 6).

Incluso algunos criterios útiles para integrar los contratos paritarios regidos por la autonomía de la voluntad —tales como recurrir a la regulación típica del derecho dispositivo, la aplicación de cláusulas de salvaguarda o salvaguardia[281], o el recurso a la voluntad presunta de las partes— resultaban insuficientes para el juez (por las lagunas en la regulación contractual, o por ser inaplicables para los contratos de consumo) que iba a tener que cumplir con la labor de integración de un contrato de consumo a partir de normas supletorias o consuetudinarias[282]. A modo de ejemplo, también sería abusiva para el consumidor una cláusula de salvaguarda de una cláusula abusiva; e incluso no tenía sentido indagar si las partes igual hubieran celebrado el contrato pues su voluntad presunta sólo vale si está de acuerdo con la ley, lo cual no sucede ante una cláusula abusiva.

Sin embargo no era tan grave esta omisión del legislador, pues no se podía entonces ni se puede hoy entender a la normativa protectoria del consumidor —por más que conforme un microsistema— como una isla desvinculada del sistema general que contiene los principios informadores del derecho común, tales como la equidad, la buena fe o la razonabilidad. Este diálogo con el derecho común genera una interdependencia que enriquece el traspaso de información en ambos sentidos y por lo

---

luces—, y obliga además al juez a integrar el contrato que se declara parcialmente nulo, obligando a seguir adelante con un contrato que quizás el consumidor ya no está interesado en continuar en razón de la nulidad declarada" (BAGALÁ, PABLO, "Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas", Infojus, Id Infojus: DACF150368). Tanto el artículo 37 de la LDC como el artículo 1122 inciso "c" del Código Civil y Comercial habilitan al juez a integrar el contrato si declara la nulidad parcial del contrato, pero tales directivas no implican la prohibición de disponer la nulidad total del acto, sólo que en tal caso ya no tiene sentido la integración.

[281] Son las que las permiten suspender o extinguir los contratos cuando se alteran en forma significativa las condiciones que las partes tuvieron en cuenta para acordar y, por tal razón, una de ellas se ve dificultada o impedida de cumplir.

[282] La Directiva 93/13 CEE de fecha 5 de abril de 1993 sobre "Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores" tampoco contiene previsiones que permitan resolver el problema de la integración del contenido contractual frente a la eliminación de las cláusulas abusivas.

tanto los criterios de integración de un contrato de consumo también abrevan del reenvío.

La propia Constitución Nacional, al exigir que se le brinde al consumidor condiciones de trato equitativo y digno (artículo 42) otorga principios generales del derecho común como pautas para la integración judicial, la cual entonces sin dudas debe basarse en valores como la equidad y la dignidad del consumidor.

Y así como los jueces podían anular las cláusulas abusivas echando mano a principios generales (por ejemplo por la violación de la buena fe objetiva), también podían valerse de estas reglas para integrar los vínculos incompletos. Entonces, si la única norma que incorporaba una regla para determinar la existencia del abuso a partir de un concepto era el artículo 37 del decreto reglamentario de la LDC que consideraba abusivas las cláusulas "*que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes*" y si esta regla encontraba un complemento en el deber de buena fe para obrar que impone el último párrafo del artículo 37 LDC, la integración contractual debía perseguir la restitución del equilibrio afectado en forma perjudicial para el consumidor también de acuerdo a las exigencias de la razonabilidad.

En caso de que luego de la declaración de nulidad parcial, las cláusulas restantes no permitían sostener la vigencia del contrato, era la razonabilidad el principio general que servía de cauce al juez para que la integración se cumpliera mediante cláusulas frecuentes o habituales en el mercado para un contrato de esa naturaleza. Para concretar la integración en términos de razonabilidad cobraban preponderancia las condiciones particulares del negocio, y el juez debía acudir a pautas como la finalidad del contrato, las normas supletorias u obligatorias aplicables al tipo contractual, o los términos en que se efectuó la publicidad y la oferta[283].

Sin apartarse de tales reglas, el Código Civil y Comercial incluye mediante su artículo 964 un sistema general de integración del contrato que en primer lugar asegura la aplicación de las normas indisponibles en sustitución de las cláusulas incompatibles (inciso "a"). Luego indica que el contenido contractual debe integrarse por las normas supletorias (inciso "b") y, como la norma no efectúa distingos, el

[283] Ante la falta de criterios legales aptos para la integración, Rubén y Gabriel Stiglitz recomendaban acudir a directivas tales como la relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, la prevalencia del principio de conservación del acto y su correlato, el de la incomunicabilidad de la nulidad y la divisibilidad de la prestación (STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p.233).

reenvío se produce tanto a las del propio Código Civil y Comercial como a las de leyes especiales. Y por último, instruye al juez para que acuda a "*los usos y prácticas del lugar de celebración*". Advertimos que este último criterio deberá ser aplicado con razonabilidad e incluso dejado de lado cuando el contrato no se celebre entre presentes y entre personas que vivan en el mismo lugar.

VII.9.4 La clasificación de las nulidades y la legitimación activa

Resta por despejar la duda sobre si la nulidad con la que debe sancionarse una cláusula abusiva refiere a la *absoluta*, por contravenir el orden público, la moral o las buenas costumbres, o a la *relativa*, esto es la impuesta en protección del interés de ciertas personas (tales los términos de la distinción que brinda el artículo 386 del Código Civil y Comercial). La respuesta que se siga reviste trascendencia para decidir, por ejemplo, sobre el plazo de prescripción liberatoria aplicable, sobre la procedencia de la confirmación[284] y, en lo que interesa en este punto, para identificar al legitimado activo del reclamo.

Por incidir una razón de interés público en su declaración, la *nulidad absoluta* puede ser pedida por la parte que tiene interés en hacerlo (excepto por la que ha ejecutado el acto y ha logrado un provecho sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida pues nadie puede alegar su propia torpeza[285]), por el Ministerio Público en salvaguardia de la moral o de la ley o en defensa de los incapaces (pero no cuando actúa en su carácter de agente fiscal o representante de intereses públicos), e inclusive puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte. Por el contrario, la *nulidad relativa* no puede ser declarada de oficio por el juez (para evitar que investigue asuntos privados de los hombres) sino a pedido de aquellos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley[286].

El Código Civil y Comercial sigue tales criterios en sus artículos 387 y 388 pero agrega en el primero de ellos que la nulidad absoluta también puede ser alegada "por cualquier interesado".

---

[284] De acuerdo al artículo 393 del Código Civil y Comercial, hay confirmación "cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.".

[285] No sería lícito que quien se haya servido de una cláusula contractual, con el paso del tiempo pueda variar su criterio, considerarla nula y solicitar su declaración de nulidad absoluta, aprovechándose de la imprescriptibilidad de la acción, con base en que la otra parte no puede considerar saneado el vicio por confirmación.

[286] BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, *op.cit.*, t. 2, p. 384.

VII.9.5 El carácter de la nulidad de la cláusula abusiva

VII.9.5.1 En un contrato de consumo

Se afirma en el plano doctrinario que el punto de contacto que la ley asigna al orden público con la nulidad absoluta (artículo 387 del Código Civil y Comercial) hace que el carácter de orden público con el que la LDC califica al régimen de protección de los consumidores (artículo 65[287]) determine que la nulidad de una cláusula abusiva que integra un contrato de consumo, debe tratarse necesariamente de una de tipo absoluta, respuesta que también se desprende de la necesaria intervención del Ministerio Público Fiscal en el proceso de consumo (artículo 52 LDC)[288].

Sin embargo, no cabe asimilar la violación del *orden público* — entendido como el conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico[289]— con la violación de *normas o leyes de orden público*. Las *normas de orden público* protegen el interés

---

[287] Artículo 65 LDC: "La presente ley es de orden público…".

[288] Numerosos autores se han volcado por la idea de considerar que la sanción legal de nulidad frente a la cláusula abusiva es de tipo absoluta. Lo hace por ejemplo Ricardo L. Lorenzetti luego de sostener que cualquier estipulación abusiva afecta el interés general o el orden económico social (LORENZETTI, *Consumidores*, *op.cit.*, p. 306). Coincide Federico Alvarez Larrondo "por cuanto está en juego el orden público fijado por el artículo 65 de la ley… siempre con el norte establecido por el principio de interpretación a favor del consumidor" y aclara que esto significa que "la nulidad puede ser declarada de oficio, pero siempre que ella no lleve a un resultado perjudicial para el consumidor" (ALVAREZ LARRONDO, "La Buena Fe en la Ley 24.240", *op. cit.*). Son de la misma idea Sandra Frustagli quien pone el acento en las razones de orden público de dirección y protección implicadas en el artículo 37 LDC (FRUSTAGLI, *op. cit.*) y Carlos A. Hernández para quien hubiera sido correcto que el artículo 1122 del Código Civil y Comercial, referido al control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, prescribiera "de manera expresa y directa la sanción de nulidad absoluta, a priori parcial y excepcionalmente total, a fin de evitar discusiones que puedan conducir a resultados disvaliosos, aunque no se duda de que ése ha de ser el correcto entendimiento que debe dársele a la cuestión" (HERNÁNDEZ en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, *op. cit.*, p. 314).

[289] Como recuerda Julio César Rivera, el orden público "se identifica con lo que le interesa al orden social, o a las instituciones fundamentales del Estado" (RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, t.I, pp. 99/101). En los últimos años han existido esfuerzos para delimitar aún más la noción y a los fines de repasar estas ideas remitimos a la obra de BREBBIA, ROBERTO H., "Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público", en *Derecho privado. Libro homenaje al Dr. Alberto Buere*s, Ameal, Oscar J. (directores), Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 89. La temática del orden público fue objeto de tratamiento en el IX Encuentro de Abogados Civilistas realizado en Paraná en 1995, en donde se sostuvo que el orden público consiste en "el conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico de un país en un momento determinado de su evolución histórica". A su turno, Graciela Lovece también brinda una enumeración de conceptos doctrinarios de orden público, junto con sus críticas, y afirma que a su juicio, el orden público refiere a los "principios fundamentales que rigen a una sociedad en un determinado espacio histórico conformado por los denominados soportes de convivencia" (LOVECE, GRACIELA, "El orden público en la teoría del contrato", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* nro. 2016-3*:* Contratos Parte General*,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 127).

colectivo o general (por oposición al particular), razón por la que resultan imperativas y, de acuerdo al artículo 12 del Código Civil y Comercial, no pueden ser dejadas sin efecto por las convenciones particulares[290]. Por el contrario, las *normas supletorias* son renunciables y por ello facultan a las partes a dejarlas de lado y elegir la regulación de la relación jurídica.

No es válido entonces equiparar siempre la nulidad absoluta a una violación a normas de orden público, ni la nulidad relativa con el atentado a normas que no transgreden leyes de orden público. Es así que las normas sobre capacidad de ejercicio de las personas son de orden público pero su violación da lugar a la nulidad relativa, pues el interés protegido es el del incapaz. Se encuentra un ejemplo típico en la venta de un inmueble por parte de un incapaz de ejercicio (sin contar con la representación adecuada) que pone al intérprete frente a un caso de ley de orden púbico, cuya violación se sanciona con la nulidad relativa teniendo en cuenta sólo la protección del afectado; en este caso, aclara la última oración del artículo 388 del Código Civil y Comercial, la parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto no puede alegar la nulidad relativa si obró con dolo.

Es el fin de la norma legal el que permite concluir si el acto debe ser sancionado con la nulidad absoluta o relativa. Por esta razón, cuando el vicio del acto afecta o incide directamente en el interés general que se pone en juego, será pasible de la nulidad absoluta, y es precisamente por el resguardo a los intereses colectivos que no podría sanearse por la confirmación de las partes y no podría renunciarse tácitamente por la inactividad a lo largo del tiempo (de allí su imprescriptibilidad). Mientras que si afecta directamente los intereses de quienes intervienen en el acto, la nulidad será relativa.

En efecto, el orden público al que refiere el artículo 387 del Código Civil y Comercial, cuya transgresión da lugar a una nulidad absoluta, no es el de la norma violada por el acto, sino el interés general ofendido por la violación de los valores fundamentales de una comunidad jurídica plasmados en la norma. De ahí que el artículo 960 del Código Civil y Comercial faculta al juez a modificar de oficio las estipulaciones de los contratos cuando se afecta de modo manifiesto el orden público

---

[290] Se ha resuelto que corresponde a los jueces la indagación sobre el carácter de orden público declarado por el legislador en una ley (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Consolidar AFJP S.A c/ Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada", 10/06/2003, Jurisprudencia Argentina 2004-III, 432).

y esto será así, aunque la ley no diga que las normas violadas son de orden público, en el sentido de inderogables por las partes.

Por estas razones, por más que la propia LDC se autocalifique como una *ley de orden público*, este no es un argumento para sostener que la nulidad con la que se sancione una cláusula abusiva sea de las consideradas absolutas.

De todos modos, no hay dudas en cuanto a que el resguardo del derecho de los consumidores es uno de los valores colectivos que la comunidad jurídica ha elevado a la categoría de fundamentales, tal la noción de orden público, y por eso no sólo no pueden ser alteradas por la voluntad de las personas, sino que cuando la ley específica sanciona con la nulidad, ésta debe entenderse como absoluta.

Pero además, la sanción de nulidad que recaiga sobre una cláusula abusiva en un contrato de consumo debe implicar que se apliquen las consecuencias más beneficiosas para el consumidor que puedan extraerse de la regulación específica, se trate de la contenida en la LDC o en el Código Civil y Comercial. Siguiendo ese criterio, se debe concluir por la nulidad absoluta para que la cláusula abusiva no sea susceptible de ser saneada por la confirmación del acto ni por la prescripción liberatoria, aunque ni la LDC ni la regulación de los contratos en general incorporada al Código Civil y Comercial se hayan detenido específicamente en estos aspectos y deba recurrirse al artículo 387 del Código Civil y Comercial, aplicable a la nulidad absoluta de todo acto jurídico.

En cuanto a quiénes son los *legitimados activos* para demandar la nulidad absoluta parcial frente a las cláusulas abusivas, y no obstante que el último párrafo del artículo 37 LDC parece facultar al efecto sólo al consumidor, resulta aplicable el artículo 52 LDC según el cual el consumidor por su propio derecho, las asociaciones de consumidores autorizadas, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal están facultados para "iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados"[291]. Además, el artículo 387

[291] La amplia legitimación activa sigue el mismo sentido del artículo 43 de la Constitución Nacional que otorga la posibilidad de interponer acción de amparo en lo relativo a los derechos que protegen al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas y organizadas conforme a la ley. Del mismo modo, el artículo 26 del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (ley bonaerense 13.133) faculta a éstos en forma individual o colectiva y a las Asociaciones de Consumidores debidamente registradas en la Provincia de Buenos Aires, a interponer las acciones correspondientes cuando resulten amenazados o afectados los derechos subjetivos de los consumidores y usuarios.

del Código Civil y Comercial habilita al juez a declarar la nulidad absoluta de los actos que contravienen el orden público “aún sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia”.

En el caso de la declaración de nulidad absoluta parcial instada por el propio consumidor, el carácter de orden público de la LDC que torna imperativas sus soluciones de modo de no permitir a las partes dejarlas de lado por su voluntad —tal la consecuencia que asigna a este tipo de normas el artículo 12 del Código Civil y Comercial—, también evita que el proveedor pueda escudarse en la teoría de los actos propios a partir de la aceptación previa del consumidor mediante la firma del contrato sin mediar vicios del consentimiento. Y esta ineficacia de la aceptación de la cláusula abusiva (acto que originaba las expectativas de un comportamiento) impide que pueda resultar generadora de efectos jurídicos y que sea apta para obligar en conductas o actos posteriores.

La evolución del concepto de consumidor determinó que se ampliara la protección legal pensada para éstos a quien no es parte en una relación de consumo pero adquiere o utiliza bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de ella. En esta categoría se incluyen los usuarios, los cesionarios, los terceros beneficiarios e inclusive los posteriores adquirentes que se vincularon con el consumidor que originariamente había contratado con el proveedor. El interés de estos sujetos en la impugnación judicial de la cláusula abusiva abre paso a su legitimación al efecto, como también para poder ejercer todas las acciones que la ley le confiere al consumidor originario, con la posibilidad incluso de accionar en forma directa contra el proveedor, e incluso contra un tercero para reclamar la tradición de la cosa adquirida, ya que se entiende que el transmitente no se reserva ningún derecho sobre la cosa y que transmite al adquirente en forma implícita las acciones que tenía respecto de ella.

Pero la decisión por una u otra categoría, implica asignar a la nulidad las consecuencias que la propia ley les atribuye en cada caso. Es por eso que la prudencia deberá ser el valor que guíe al juez a la hora de hacer uso de lo que consideramos una facultad y no una obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando sea manifiesta (el artículo 387 del Código Civil y Comercial dice “puede declararse por el juez”) pues en el afán de cumplir con el rol de guardián del

orden público[292], la nulidad podría perjudicar al consumidor que accede a su vivienda mediante un contrato predispuesto, quien a lo sumo podrá reclamar la indemnización derivada de la nulidad que priva a la cláusula de sus efectos propios[293].

Recientemente la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejó sin efecto, por considerarla arbitraria, la decisión de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial en el marco de un reclamo colectivo de consumo, mediante la que había concluido que por ser un problema económico quedaba afuera del orden público y resultaba aplicable el régimen de nulidades relativas a las cláusulas abusivas en un

---

[292] En dos casos fallados por la Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I ("López, Rodolfo Ernesto y otro c/ Círculo de Vivienda S.H. s/Consignación de sumas de dinero", 29/04/2014, SJA 11-03-2015, Jurisprudencia Argentina 2015-I, 68; y "Mc Coubrey, Albert Kurt y otros c/ Civitas S.H. y otros s/ Consignación de sumas de dinero", 07/04/2015, inédito), los actores habían celebrado un contrato por el cual adherían a un círculo de ahorro para la construcción de vivienda administrado por la demandada. Una vez adjudicadas las construcciones en terreno propio de los actores, surgieron desavenencias en torno al pago de mejoras, lo cual motivó la consignación judicial. En el primero de los precedentes el tema llega a la Cámara por apelación de la actora contra la sentencia de primera instancia que decidía sobre la procedencia de la consignación y fue la Cámara que declaró la nulidad absoluta del contrato y ordenó que en la ejecución de sentencia se dispusiera la restitución recíproca de las prestaciones que las partes se hubieran entregado. En el segundo precedente fue el Juzgado de Primera Instancia la que declaró la nulidad, sanción que fue confirmada por el Tribunal de Alzada, a instancias de la apelación de la actora quien, entre otros agravios, sostenía que si la nulidad era absoluta y manifiesta se la debió haber declarado antes de abrirse la causa a prueba y producirse las mismas. Sin detenerse en el carácter de consumo o no de la operación, el Tribunal responde que la declaración de oficio de las nulidades absolutas que la ley impone a los jueces no está sujeto al principio de preclusión, es decir que el hecho de que el juez abra la causa a prueba no implica que no pueda luego declarar de oficio una nulidad absoluta y, con cita de doctrina, que la nulidad manifiesta también puede aparecer luego de la valoración de pruebas extrínsecas que persuadan al juez de que está frente a un acto nulo de nulidad absoluta. La primera de las sentencias mereció un comentario aprobatorio que ensalza el coraje de los jueces que se atrevieron a declarar de oficio la nulidad de un contrato de objeto ilícito y resalta la importancia de la decisión judicial que no hace caso omiso del control del orden público "que en el nuevo Código se refuerza" (NICOLAU, NOEMÍ L., "Consideraciones acerca del sistema de ahorro para fines determinados, la ineficacia de los contratos de objeto ilícito y la protección al débil", Abeledo Perrot Online AP/DOC/165/2015).

[293] En un juicio por escrituración de un lote de terreno con una identificación parcelaria propia (según el plano de mensura realizado sobre el suelo por un agrimensor) que integraba un espacio territorial de un Club de Campo se decidió, sin que fuese una cuestión propuesta por las partes, que era ilícito el objeto de contrato de compraventa por haber violentado la normativa bonaerense que regulaba tales emprendimientos (específicamente el artículo 6 del decreto 9404/86 según el cual el otorgamiento de la convalidación técnica preliminar "no implica autorización…para formalizar compromisos de venta") y por lo tanto fue declarada su nulidad absoluta. Apunta Marcelo Urbano Salerno, con base en múltiples argumentos, que las particularidades del caso merecían una respuesta adecuada al negocio inmobiliario para apuntalar su validez, conforme el principio de conservación del acto que debe guiar al intérprete Y concluye que "en vez de conservar el acto jurídico, el Tribunal se inclinó por dejarlo sin efecto, frustrando la realización de ese negocio de valiosa apreciación pecuniaria" (SALERNO, MARCELO URBANO, "Venta de objeto imposible en un club de campo", diario La Ley del 17 de julio de 2012, p. 4; La Ley 2012-D, 333, La Ley Online AR/DOC/3447/2012, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, "Badessich, Fernando Andrés c/ Emprendimientos Deportivos S.A. s/escrituración", 03/10/2011).

contrato bancario de consumo; en consecuencia, resolvió que la falta de protesta por parte de los clientes involucrados implicó una confirmación tácita del gasto cuestionado (comisión por mantenimiento de las cajas de ahorro), el cual incluso era admitido por la reglamentación del Banco Central de la República Argentina. Luego de decidir que dicha aprobación y la eventual falta de impugnación no obsta al control judicial "pues ello no permite por sí descartar la abusividad alegada (art. 1122 del Código Civil y Comercial de la Nación)"[294], en forma unánime la Corte adhirió —sin decirlo expresamente— al carácter absoluto de la nulidad con la que el ordenamiento castiga a la cláusula abusiva en un contrato de consumo. Ello así pues concluyó, teniendo en cuenta el orden público contractual que impera en la materia de consumo, que "las cláusulas abusivas no pueden ser materia de una renuncia anticipada, ni cabe considerarlas subsanadas por una suerte de consentimiento tácito del consumidor". Agregó que si debe tenérselas por no convenidas, "ni siquiera la anuencia expresa puede validarlas", tal como incluso surge del artículo 1118 del Código Civil, y que ante una cláusula abusiva, no puede salvar el acto la información que reciba la víctima acerca del aprovechamiento que sufrirá.

VII.9.5.2 En un contrato que no es de consumo

Por el contrario, sea que el Código Civil y Comercial como ley aplicable a los contratos que no son de consumo, le asigne o no el carácter de orden público a la regulación de estos vínculos, no hay razón que permita sostener que la nulidad de las cláusulas abusivas que integren su texto sea la absoluta, pues ya no está en juego la protección del consumidor como valor fundamental a preservar por el legislador.

En consecuencia, por ser relativa, la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato que no sea de consumo sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece, aunque la propia ley admite que por excepción puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante; y además, puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción (artículo 388 del Código Civil y Comercial).

---

[294] Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21-3-2017 "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/BankBoston N.A. s/Sumarísimo", CSJ 717/2010 (46-P)/CS1.

VIII- MODIFICACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A UNA CLÁUSULA ABUSIVA DE SU TEXTO

VIII.1 La aceptación del reglamento con contenido predispuesto

Es sabido que la modalidad de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas genera el riesgo de que el predisponente de las cláusulas repare sólo en sus propios intereses al momento de redactarlas, sin tener en cuenta el de los futuros aceptantes que no tienen posibilidad de intervenir en la redacción de las cláusulas.

Como contrato por adhesión, la autonomía de la voluntad de quien no participó en la redacción del reglamento de propiedad horizontal se ve limitada a la posibilidad de aceptarlo o no y, en este caso, elegir otra unidad funcional en un nuevo complejo o retirarse del mercado[295]. Pero la decisión de adquirir la unidad funcional generalmente no es tomada con base en los aspectos legales sino por otros factores, económicos o no, tales como la ubicación del inmueble, su calidad constructiva en relación al precio, su aptitud de reventa, la superficie aprovechable, etcétera. Una vez que el interesado constató estas cuestiones y a lo sumo cumplió con una revisión física para corroborar el estado del inmueble, lo recibe luego de suscribir el contrato y adquiere el derecho real. El nuevo integrante del consorcio recién reparará en el contenido del reglamento cuando se le quiera hacer cumplir sus cláusulas, las cuales desaprueba y pretende su modificación.

Es así que al momento de la firma de la escritura, los adquirentes de la unidad funcional, quienes usualmente ya entregaron dinero a cuenta de la operación —e incluso el precio total que en muchos casos implica la mayor y más trascendente erogación de su vida—, manifiestan conocer y aceptar el articulado de un reglamento de propiedad horizontal del que recién suelen saber de su existencia (ni siquiera de su contenido) al momento en el que el escribano les lee la escritura en el acto de autorización y se obligan a su fiel cumplimiento, de todo lo cual se deja expresa constancia[296].

---

[295] La adquisición de una unidad funcional implica la íntegra aceptación de las cláusulas que resultan del reglamento, de los derechos y obligaciones que surgen de su texto y "de las eventuales reservas efectuadas por el propietario originario" así como de los poderes que se hubieran otorgado para el ejercicio de dichas reservas (DÁRDANO, ARNALDO ADRIÁN y SCHESTENGER, LEONARDO MARCELO, en *Revista del Notariado,* nro. 920, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, sección Dictámenes).

[296] Cecilia A. Villanustre considera que "*una de las vías posibles para resolver el conflicto*" es la firma de la escritura en disconformidad con el contenido del reglamento para luego instar su modificación en sede judicial (VILLANUSTRE, CECILIA A., "Modificación por vía judicial del reglamento de copropiedad y administración del consorcio de propietarios de propiedad

Tales manifestaciones adquieren un valor probatorio pleno y es a partir de entonces que el reglamento pasa a integrar el título de propiedad del adquirente con fuerza vinculante para éste (artículo 2038 del Código Civil y Comercial), quien pierde la posibilidad de una rescisión individual del estatuto consorcial.

Va de suyo que es de práctica que el adquirente concurra al acto de escrituración sin asesoramiento letrado (el cual en el mejor de los casos existió para revisar los antecedentes de titularidad o de gravámenes del inmueble a adquirir) o con la compañía del corredor inmobiliario que lejos está, por desconocimiento o por interés en concretar la operación, de intervenir en la interpretación del reglamento. Y aunque conocieran su contenido, no es usual que la intervención de los asesores vaya más allá de informar sobre las condiciones de la adquisición sin detenerse en el análisis de las cláusulas del reglamento. Si así fuera, el asesoramiento no llegaría a buen puerto, porque es probable que aún luego de haber sido advertido sobre el desequilibrio en su perjuicio, el cliente satisfecho con las demás condiciones no quiera frustrar la adquisición (porque no podría modificarse el contenido del contrato sin la participación de los restantes adquirentes de unidades en el mismo complejo).

Puede entenderse que el adquirente no se valga de asesores para investigar el contenido del reglamento de propiedad horizontal pues, forme parte o no de una relación de consumo, no conoce de su existencia o, en el mejor de los casos, no sabe que del reglamento derivan nuevos derechos y obligaciones (además de los que surjan del contrato que da lugar a la adquisición), el cual incluso a veces es dictado en forma casi contemporánea con la primera transmisión. Por lo tanto, si ni siquiera sabe que existe o en el mejor de los casos cuál es su texto, no puede representarse el abuso en alguna de sus cláusulas.

Peor aún, en los casos de compra de unidades a estrenar, la constructora impone el escribano al adquirente quien no tiene posibilidad de elegir el de su confianza. El adquirente con frecuencia considera que el cumplimiento de los recaudos de juridicidad de la operación corre por cuenta del escribano y ni siquiera escucha la lectura del reglamento en los pocos casos en que se lee (y si lo hiciera le resultaría incomprensible, salvo una preparación jurídica previa). Es cierto que el cumplimiento

---

horizontal", La Ley 2000-B, 532, La Ley Online AR/DOC/804/2001, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala D, "Construcciones de Luca S.R.L. c/ Consorcio de Propietarios Echeandía 4841/47", 15/07/1998). Por nuestra parte consideramos que esta conducta del adquirente no haría mejorar su situación pues, ante el planteo judicial, tendrá las mismas posibilidades tanto si se opone al contenido del reglamento al momento de la firma de la escritura como si no lo hace, ya que en uno u otro caso no son distintos los recaudos a cumplir para lograr su reforma.

de los recaudos de redacción y de inscripción corresponde al escribano autorizante de la escritura, pero no por eso puede esperarse que aconseje al adquirente en el sentido de deshacer la operación.

A este panorama se agrega que, en ejercicio de la función de asesoramiento, el escribano se limita a brindar consejos a las partes sobre las formalidades de la operación mas, en cuanto al reglamento, no suele leer el texto a los comparecientes, no entrega una copia al nuevo propietario, y generalmente no la tiene siquiera en su poder.

En esas condiciones, el adquirente se limita a formular el acto de adhesión (que lleva ínsita la predisposición de las cláusulas por parte del redactor) sin conocer el alcance de su consentimiento.

Los adquirentes sucesivos se van incorporando a la comunidad consorcial luego de adherir a los términos del reglamento sin saber quién la integra hasta entonces y mucho menos, como es lógico, quién se incorporará al emprendimiento. Pero siempre quedan vinculados en forma total e incondicionada al reglamento de igual manera que si lo hubieran redactado, sin siquiera imaginarse que pueden existir en su texto distintas cláusulas contrarias a sus intereses y que ingresan en los parámetros de abuso[297].

Si alguno de los adherentes quisieran modificarlo —sea la versión originaria o si ya sufrió reformas impuestas por la asamblea o por el juez— deberán canalizar el pedido a través del procedimiento asambleario (por lo general[298]) para lograr la voluntad consorcial en tal sentido, la cual se manifiesta a través de resoluciones adoptadas por mayoría. Es por eso que la ley se preocupa por reglar un mecanismo que permita lograr esa voluntad aún sin que la reunión cuente con la concurrencia de todos los propietarios.

---

[297] Se ha descripto una situación similar —plenamente aplicable a la adquisición de unidades en propiedad horizontal— respecto de los fideicomisos inmobiliarios a través de una caracterización gráfica según la cual "las luces del despliegue publicitario y de los *show-rooms* fascinan a los compradores y les obnubilan la percepción del riesgo real de un emprendimiento que tiene el terreno ´pelado´, carece aún de planos aprobados o de las habilitaciones de construcción, e incluso puede tener pendiente todavía la incorporación del inmueble en propiedad fiduciaria al patrimonio del fideicomiso" (LISOPRAWSKY, SILVIO y DEL SEL, JUAN MARÍA, "Responsabilidad del ´developer´ en el fideicomiso inmobiliario", La Ley 2008-A, 652).

[298] El Código Civil y Comercial deja en claro que la exigencia de una mayoría en asamblea es susceptible de excepciones, pues a veces no se requiere haber transitado el camino asambleario para igual adoptar una decisión válida (artículo 2059 último párrafo del Código Civil y Comercial).

VIII.1.1 Oponibilidad a los nuevos propietarios de las modificaciones reglamentarias no inscriptas

Se abre el interrogante sobre si la modificación no inscripta del reglamento puede serle opuesta a un adquirente que en su escritura de adquisición de la unidad funcional declaró conocer y aceptar el reglamento, o si esta manifestación sólo puede entenderse referida a la modificación que fuera inscripta en el Registro de la Propiedad.

El artículo 9 de la ley 13.512 sostenía que las modificaciones también debían ser consignadas en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, aspectos que sólo han sido previstos expresamente en el Código Civil y Comercial para el reglamento originario (artículo 2038).Pero si deben ser otorgados en escritura pública todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública (artículo 1017 inc. "c" del Código Civil y Comercial), no hay dudas en cuanto a que la modificación del reglamento hoy exige la misma forma instrumental.

Sin embargo, la inscripción de la reforma en el Registro de la Propiedad, que la norma derogada parecía exigir en todos los supuestos, queda regida por la ley especial de registros inmobiliarios 17.801, que sólo otorga vocación registral, previa calificación, a las modificaciones que "*constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles"* (artículo 2 inciso "a"), tal el caso, por ejemplo, de la transformación en privativa de una porción del sector común. Es decir que muchas reformas no gozarán de publicidad registral, por más que el escribano efectúe la rogatoria al respecto.

De ahí que cuando se modifica el reglamento y se labra la respectiva escritura pública[299] sin que el nuevo texto acceda al Registro de la Propiedad, pueden establecerse las siguientes reglas aplicables respecto del adquirente:

a) Si las nuevas constancias no tienen reflejo registral por no ser de las que admiten su inscripción, al haberse concluido el trámite de reforma el nuevo texto pasa a integrar el título del adquirente quien no puede alegar el desconocimiento;

---

[299] Respecto de la escritura pública que se exige para reformar el reglamento, se dijo que su otorgamiento es "sin duda alguna, una exigencia sustancial" y hasta que ello no suceda, "la reforma no pasa de ser una decisión del consorcio que no se ha concretado legalmente y que, por consiguiente, carece de todo efecto" (Cámara Nacional Especial Civil, Sala IV, "Korin de Rodriguez, María I, c/ Consorcio Tucumán 2179/2181", 14/11/1980, Jurisprudencia Argentina 1981-II, 785).

b) Si se modifica el reglamento en cláusulas que requieren la inscripción registral, la modificación no puede serle opuesta al adquirente que no fue notificado de la reforma por cuanto la inscripción en el Registro de la Propiedad "tiene un fin de publicidad y protección de los derechos e intereses de terceros"[300].

c) En ningún caso puede ampararse en la falta de publicidad el adquirente que ya integraba el consorcio antes de una nueva adquisición, al no resultar un tercero que se ve perjudicado por la omisión de registrar las nuevas cláusulas[301].

VIII.1.2 La improcedencia de alegar el error cuando se descubren cláusulas abusivas en el reglamento

La perfección del acto voluntario requiere la concurrencia de elementos internos (el discernimiento, la intención y la libertad) y de un elemento externo (la expresión o manifestación de la voluntad). Tanto la intención como la libertad pueden estar afectadas por algún defecto o vicio de la voluntad, que son el error, el dolo y la violencia, los que aparecen al momento del otorgamiento del acto. A diferencia de estos vicios del acto voluntario, los vicios de los actos jurídicos (simulación, fraude, lesión), producen la afectación en la buena fe del sujeto pero no se ve limitada la voluntariedad del acto.

El error y el dolo afectan la intención, mientras que la violencia (física o moral) vicia la libertad, y todos provocan la nulidad del acto jurídico (artículos 265, 272 y 276 del Código Civil y Comercial). Una posible afectación al discernimiento no puede provenir a causa de uno de estos vicios de la voluntad sino sólo por una circunstancia propia de la persona, tal como su falta de madurez o de razón.

El error como vicio del acto voluntario no sólo hace referencia a la posibilidad de que una persona crea conocer algo por tener por cierto un falso conocimiento, sino que también comprende la posibilidad de que una persona no conozca la realidad de las cosas (lo cual suele llamarse "ignorancia"). Sin embargo, no cualquier error puede

---

[300] BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, *op.cit.*, t. 1, p. 621. Sin distinguir entre cláusulas que requieran o no la inscripción registral señala Racciatti que el incumplimiento de la inscripción del reglamento produce la inoponibilidad de sus cláusulas "a terceros adquirentes para quienes tales cláusulas no eran conocidas a la época de la adquisición" (RACCIATTI, *Propiedad por Pisos…, op.cit*, p. 146).

[301] Con base en que el actor no podía desconocer el cambio de destino de las unidades porque había adquirido la propia dos años después de la modificación y accionó cinco años más tarde, se rechazó la demanda por incumplimiento del reglamento a pesar de que la modificación reglamentaria decidida por la asamblea no fuera consignada en escritura pública ni inscripta en el Registro de la Propiedad (Cámara Nacional Civil, Sala K, "Labaton, Eduardo David c/ Chami, Saúl y otro s/ Cumplimiento de contrato", 05/05/2017, Rubinzal Culzoni Web, sumario J 3673/17).

considerarse hábil para causar la nulidad del acto jurídico, pues de acuerdo a los artículos 265 a 270 del Código Civil y Comercial, el error al que la ley considera como vicio del acto voluntario debe reunir varios requisitos.

a) En primer lugar, debe ser *de hecho*, es decir debe recaer sobre alguna circunstancia de hecho del acto o sobre su contenido. La exigencia excluye al error de derecho, que no puede ser invocado para anular los actos jurídicos, salvo que la excepción estuviera autorizada por el ordenamiento jurídico (artículo 8 del Código Civil y Comercial), tales los casos del heredero aparente o del poseedor de la herencia de buena fe (artículo 2315 del Código Civil y Comercial).

b) Además, en los actos bilaterales o unilaterales recepticios el error debe ser *reconocible*, y esto se cumple cuando utilizando una diligencia normal, el destinatario de la declaración pudo advertir el error de la contraparte "*según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar*" (artículo 266 del Código Civil y Comercial), aunque de hecho no se hubiera dado cuenta.

c) Por último, el error de hecho debe ser *esencial* por recaer sobre los elementos principales del acto, es decir sobre los que la persona ha tenido especialmente en consideración al momento de celebrarlo y de no haber existido el error no lo hubiera otorgado. Esta exigencia excluye como vicio al error que recae sobre circunstancias accesorias, secundarias o intrascendentes. El error de hecho esencial surge a partir del actuar involuntario del agente que ve afectada su intención al momento de conformar el negocio, es decir en forma contemporánea a la celebración del acto; y precisamente por estar viciada esa intención debido al error esencial, ese hecho involuntario no genera obligaciones pues da lugar a su nulidad.

La ley no define qué entiende por "esencial", sino que enumera distintos parámetros o criterios vinculados con los aspectos primordiales del acto que, de cumplirse, permiten configurar al vicio como invalidante. Es así que el error es esencial —de acuerdo al artículo 267 del Código Civil y Comercial— cuando recae sobre la naturaleza o especie del acto, sobre el objeto (cuando es diverso del que se pretendió designar), sobre la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad[302] (lo cual debe ser probado por quien invoca el error y su existencia

[302] En este caso, afirma María Isabel Benavente, el error no recae sobre la fuente del acto ni sobre la cosa respecto de la que querían contratar las partes, sino sobre "las características que se pensaba que ella tenía" (BENAVENTE, *op. cit*., p. 448).

dependerá de las circunstancias de cada caso[303]), sobre los motivos personales que se incorporaron al acto en forma expresa o tácita o sobre la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración.

Sin embargo, por más que pueda pensarse que la adhesión formal al reglamento —que se concreta con la firma del contrato de adquisición al que aquel se integra— no implica un consentimiento pleno, la falta de previsión del adquirente en cuanto a conocer el contenido del reglamento con anterioridad a la firma del contrato, implica su falta de diligencia proporcional a la trascendencia del acto y determina que no pueda valerse del error de hecho como vicio del acto voluntario para anular el acto, al que la ley le exige que sea esencial.

Ninguno de los supuestos legales de error de hecho esencial vicia la manifestación de voluntad de una persona que adquiere —siguiendo sus motivos personales y por el precio que consintió en abonar— la unidad funcional que eligió (de la calidad pactada) de quien quería adquirirla, mediante el tipo de contrato que quiso concluir, y luego adhiere al reglamento que contiene cláusulas que con el tiempo considera abusivas, injustas o lesivas.

Agrega Fulvio Santarelli que mientras la nulidad por cláusulas abusivas se conecta además con la omisión o cumplimiento defectuoso de deberes de la etapa precontractual que luego se combinan con la interpretación interesada del beneficiado que ejecuta el contrato de un modo que una persona bien intencionada no lo hubiese hecho, la nulidad por ineficacia que se deriva de los vicios de la voluntad recurre a la inconducta de sólo una de las partes para repercutir en el consentimiento de la otra[304].

VIII.2 Mayoría exigida para modificar el reglamento de propiedad horizontal

El desequilibrio perjudicial para el adherente al reglamento recién se manifiesta cuando los efectos del acto demuestran su sacrificio sin la contraprestación equivalente, y para entonces ya no tiene otra alternativa que lograr la reforma del estatuto consorcial.

---

[303] Para determinar la aparición de este error esencial, la ley exige tener en cuenta "la apreciación común o las circunstancias del caso" (artículo 267 inciso "c" del Código Civil y Comercial), criterio que revela que el examen debe desprenderse de la subjetividad de quien manifiesta la voluntad.

[304] SANTARELLI, FULVIO, "El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 223, La Ley Online AR/DOC/471/2015.

Según el artículo 2057 del Código Civil y Comercial "El reglamento sólo puede modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios", exigencia que busca eliminar la posibilidad de que un pequeño grupo de propietarios, e incluso uno solo, pueda impedir en forma arbitraria la decisión de la mayoría.

La norma no aclara cómo se cuentan los votos, como sí lo hace el mismo Código Civil y Comercial cuando consagra la mayoría absoluta como principio general para adoptar decisiones válidas en la asamblea (el artículo 2060 refiere a "*la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto*") y para resolver la demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción en caso de grave deterioro o destrucción del edificio (el artículo 2055 exige una mayoría "que represente más de la mitad del valor"). Si bien concluye que "*hubiera sido preferible una mayor claridad sobre el punto*", Claudio Kiper considera que atento que el reglamento debe establecer "*la forma de computar las mayorías*" (artículo 2056 inciso "p"), en primer lugar la mayoría para reformar el reglamento debe calcularse en la forma que prevea el reglamento, pero si éste nada dice "*habrá que acudir al doble cálculo de número de unidades y de valor, para mantener armonía con el resto de las decisiones*"[305].

La solución del artículo 2057 del Código Civil y Comercial en cuanto exige para la reforma del reglamento *"una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios"* implica un cambio respecto de la que proponía el Anteproyecto, el cual reproducía la idea de la ley 13.512 cuyo artículo 9 disponía que el reglamento podía ser modificado mediante una mayoría "*no menor de dos tercios*" de los propietarios.

No obstante la supresión respecto de la versión original de la norma, es claro que la exigencia legal fija un piso que no puede ser disminuido por la voluntad de los propietarios. Pero la misma certeza no se hace extensiva para responder si el reglamento puede o no agravar la mayoría legal para lograr su reforma.

A pesar de la aparente infalibilidad de la conclusión legal, pensamos que la exigencia de una mayoría superior podría provenir del propio reglamento, sea en su versión original o luego de haber sido modificado por una resolución asamblearia, pues el artículo 2056 del Código Civil y Comercial determina que una de sus cláusulas obligatorias es la que debe contener "*las mayorías necesarias para modificar el*

[305] KIPER, *Tratado de Derechos Reales…, op.cit.*, p. 655.

reglamento de propiedad horizontal" (inciso "o"); de otro modo, no tendría sentido esta disposición[306].

El artículo 2057 del Código Civil y Comercial aparenta no dar lugar a grietas y de aplicarse al pie de la letra, parecería que la reforma de cualquier cláusula del reglamento es posible sólo con lograr los votos que conformen aquella mayoría especial (o la agravada que disponga el reglamento), pues donde la norma no distingue, el intérprete tampoco debería distinguir.

Sin embargo, son los principios generales del derecho los que determinan que no se puede aceptar el carácter definitivo del porcentaje que indica el texto de la ley (o de la mayoría agravada que surja del reglamento), pues la modificación de las cláusulas que afecten derechos adquiridos de todos los propietarios sólo admiten el cambio mediando la conformidad de cada uno, es decir con la decisión unánime. A raíz de la observación de estos supuestos, la doctrina ha elaborado una clasificación de las cláusulas del reglamento que permite dividirlas en estatutarias y reglamentarias.

VIII.2.1 La clasificación de las cláusulas en estatutarias y reglamentarias

La afectación de tipo patrimonial que provoca la modificación de una cláusula, ha sido el criterio de distinción utilizado por los distintos autores[307] para fundar la clasificación del título.

a) Son cláusulas *estatutarias* aquellas que se vinculan con los derechos patrimoniales de los distintos propietarios, es decir las que "*hacen a la patrimonialidad del sistema*"[308], tal como ocurre con las que expresan la distribución porcentual sobre los bienes comunes, las que fijan la proporción con que cada propietario solventa los

---

[306] Aunque genera dudas la supresión, al aprobarse el texto definitivo, de la frase del Anteproyecto que exigía una mayoría no menor de dos tercios para modificar el reglamento "excepto que el mismo indique una mayoría superior".

[307] Entre otros, MARIANI DE VIDAL, *op.cit.*, p. 270; HIGHTON, *op.cit.*, p.199, cuyas ideas son reproducidas por CLERC, CARLOS M., *Derechos reales e intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, t. 2, p. 610; GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., *La Propiedad Horizontal*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005, pp. 213 y 214; AREAN, BEATRIZ A., *Derechos reales*, 6ta edición renovada y ampliada, 2da. reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t.2. p. 591; CAUSSE, JORGE RAÚL, *Código Civil Comentado, Derechos Reales*, Claudio Kiper (director), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, t. 2, pp. 433 y 441; COSSARI, NELSON G.A., "Nulidad parcial del reglamento de copropiedad y administración en cuanto impone a una unidad funcional un destino impracticable", en La Ley 2004 - C, 754 - Id Infojus: DASJ060013, La Ley Online AR/DOC/1086/2004, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Porcel, Margarita c/ Fernandez, Juan Carlos y otros", 13/11/2003.

[308] HUMPHREYS, ETHEL, "Las violaciones al reglamento de copropiedad y administración consentidas precariamente", *op. cit.*.

gastos por expensas o las que deciden el destino de todas las unidades[309]. Estas cláusulas, aun cuando forman parte del reglamento, no pueden ser modificadas sino por unanimidad[310].

b) Todas las demás, las *reglamentarias*, se refieren a los aspectos administrativos y de funcionamiento del sistema de propiedad horizontal. A modo de ejemplo, mencionamos las que hacen al orden, a la convivencia de los integrantes, al sistema de administración y al mantenimiento y reparación de los servicios, pero siempre que no incidan sobre los derechos y obligaciones de los propietarios como tales. Su carácter residual respecto de las estatuarias hace imposible su determinación previa por la vastedad de materias que podría comprender, las cuales incluso podrían variar para cada consorcio. Son estas cláusulas reglamentarias las que admiten ser modificadas por resolución de los propietarios mediante una mayoría "de dos tercios de la totalidad" que exige la ley (artículo 2057 del Código Civil y Comercial).

Por más que el Código Civil y Comercial no la recepta expresamente, la clasificación de las cláusulas en *estatutarias* y *reglamentarias* aparece entrelíneas en el artículo 2061 del Código Civil y Comercial según el cual para la supresión o limitación de derechos acordados a los propietarios[311] "que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano", la mayoría debe integrarse con la conformidad expresa de sus titulares. La solución, novedosa en nuestro derecho, puede implicar no sólo que en tales supuestos la mayoría a veces deba ser superior a

---

[309] Debido a que la clasificación no resulta de ningún texto legal, pueden surgir discrepancias en cuanto al criterio de distinción. Es así que en un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H ("Crespo Elvira y otros c/ Cons. Edif. Caribe II Calle Fortunato de la Plaza 1806 s/acciones del artículo 15 de la ley 13.512", 13/11/2013, La Ley Online AR/JUR/82523/2013), el voto de la mayoría consideró –con cita de un precedente judicial – que una cláusula estatutaria es aquella cuya reforma produce un perjuicio que puede recaer en "intereses jurídicos concretos" sin otra especificación (se concibió como tales a las molestias provocadas por ruidos y olores a pesar que los actores invocaron "daños patrimoniales y morales concretos").

[310] Las cláusulas estatutarias son aquellas que hacen al estatuto o situación patrimonial de cada uno de los copropietarios, es decir, que otorgan derechos subjetivos patrimoniales a los consorcistas como personas individuales y afectan la extensión y existencia de los derechos reales y personales de los copropietarios. Para su modificación, ya sea porque en ocasiones lo exige la misma ley cuando se refiere a convención o acuerdo de partes o en mérito al principio constitucional consagrado por el artículo 17 de la Constitución Nacional, no resulta suficiente el voto de dos tercios, sino que se exige la unanimidad; no es posible introducir alteraciones patrimoniales sin el concurso de la voluntad de quien debe soportarlas. En cambio, para la reforma de las demás cláusulas, llamadas reglamentarias, basta con la mayoría establecida por la ley, o en su caso, prevista por el reglamento (FLAH, LILY R. y AGUILAR, ROSANA I., "Determinantes para la asignación de porcentuales en la propiedad horizontal", Doctrina Judicial 2008-II, 1823, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Luraschi, Diego Ernesto c/ Consorcio de Propietarios Anasagasti 2062/64", 12/02/2008).

[311] Con una redacción impropia para una obra jurídica, la norma refiere a derechos acordados "a las unidades" como si fueran sujetos de derecho y tuvieran aptitud para adquirirlos.

la absoluta prevista como regla general en el artículo 2060 del Código Civil y Comercial, sino que incluso llegue a requerirse la unanimidad. Entonces, si la decisión implica modificar el reglamento, la norma podría llevar a que la mayoría que se necesite exceda de los dos tercios que fija el referido artículo 2057 y deba exigirse la conformidad de todos.

A modo de ejemplos, si la mayoría mediante la cual se decida el cese de la afectación exclusiva a varias unidades funcionales de una parte de uso común (artículo 2040) debe ser integrada necesariamente con el voto positivo de los titulares de aquellas, su cómputo podría arrojar una mayoría superior a la absoluta o a los dos tercios (si la decisión implica una modificación reglamentaria). O bien se exige la unanimidad si se decide reformar el reglamento para agravar la proporción de la obligación de contribuir al pago de las expensas o convertir una cosa común en exclusiva, o si se pretende limitar, restringir o alterar los derechos de disposición jurídica sobre las unidades funcionales; en tales casos la totalidad de propietarios debe integrar la mayoría ya que los derechos individuales de propiedad de cada uno se ven afectados por el alcance de la decisión. De igual modo, si la reforma de las cláusulas abusivas implica suprimir o limitar derechos a todos los propietarios que excedan las cuestiones de funcionamiento cotidiano, la mayoría deberá integrarse con la aprobación unánime.

El criterio flexible del artículo 2061, en cuanto exige la conformidad expresa del propietario al que se le suprime o limita sus derechos, permite adecuarse a cada situación particular y evita una enumeración legal de excepciones a la regla general de la mayoría absoluta (artículo 2060) las que, como en el régimen anterior, pueden dar lugar a injusticias al exigir por exceso una cantidad de votos inalcanzables o bien al no enunciar por defecto casos que debían ser abarcados como extraordinarios.

Esta falta de mención legal directa de las cláusulas estatutarias o de las situaciones excepcionales que deben acordarse en el reglamento por unanimidad, provoca la incertidumbre para saber en qué casos basta para modificarlo una mayoría de dos tercios de los propietarios (o la mayoría agravada que exija el reglamento) o si se requiere la aprobación unánime, pues no podrá saberse cuáles cláusulas califican en cada uno de los ítems de la distinción para aplicarle la consecuencia respectiva.

Pensamos en el caso de un propietario que solicita el uso del salón de usos múltiples del edificio y el administrador le recuerda que en una cláusula del reglamento está pactado el uso exclusivo de este espacio común por parte de uno solo de los propietarios quien paga las expensas de la unidad. Si el afectado insta la convocatoria

a la asamblea a los fines de modificar el reglamento por considerar abusiva la cláusula, habrá dudas acerca de su calificación como estatutaria o reglamentaria a los fines de concluir cuál es la mayoría suficiente para lograr la reforma. Aunque podría pensarse que el cambio beneficiaría a todos los propietarios (menos al que pierde el uso exclusivo), en cuyo caso podría verse como una cláusula reglamentaria, por otro lado quienes se benefician con el uso tendrían el perjuicio patrimonial de tener que asumir el pago de las expensas del salón y por lo tanto deberían aprobar el cambio junto con quien pierde el uso exclusivo (éste por expresa disposición legal del artículo 2061 del Código Civil y Comercial), unanimidad que haría ver a la cláusula como estatutaria.

A pesar de concluir que el criterio para caracterizar las cláusulas como estatutarias o reglamentarias no elimina las dificultades que pueden presentarse con respecto a algunas que ocasionan incertidumbre acerca de su ubicación en uno u otro sector, Eduardo J. Laje realiza un esfuerzo en indicar cuáles son las materias que, con o sin previsión legal, deben regularse mediante el consentimiento unánime. Afirma el autor que corresponden al grupo de disposiciones estatutarias: a) las referentes a situaciones que por la ley deben decidirse por unanimidad; b) las que conciernen a la determinación de las partes privativas y a los derechos y obligaciones de los dueño como tales, así como en cuanto al uso y destino de las mismas; c) las que determinan cuáles son las partes comunes y establecen la proporción de la titularidad de los propietarios sobre aquellas y d) las que deciden el criterio para determinar la contribución de los propietarios al pago de las expensas comunes[312]. Pero más allá de cualquier intento doctrinario de delimitar criterios de aplicación universal, la ambigüedad legal podría dar lugar a decisiones divergentes para una misma cláusula.

VIII.2.2 Pasos necesarios para la modificación del reglamento en forma extrajudicial

Aun si el intérprete estuviera seguro de la calificación como *estatutaria* o *reglamentaria* de alguna cláusula del estatuto consorcial, el camino hasta lograr su modificación por la vía de los mecanismos asamblearios suele estar plagado de dificultades para quien intente emprender la cruzada, sea o no consumidor inmobiliario.

---

[312] LAJE, EDUARDO J., "Modificación del reglamento de copropiedad horizontal (¿Unanimidad o mayoría? ¿Procede por decisión judicial?)", La Ley 104-506, 521; La Ley Online AR/DOC/537/2012, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala B, "Fenili y Cía, S.R.L. c/ Consorcio de propietarios del edificio Alsina 1780/82", 12/05/1961. Si bien la enumeración fue creada por el autor durante la vigencia de la ley 13.512, no ha perdido actualidad en el régimen del Código Civil y Comercial.

En primer lugar, deberá cumplir con las disposiciones del reglamento en cuanto a los recaudos para convocar a la asamblea extraordinaria, las cuales generalmente exigen que la convocatoria sea cumplida por el administrador, por el consejo de propietarios o por un número de propietarios que representen el porcentaje que se indique. Si logra avanzar en el intento, por ejemplo con la ayuda del administrador, tratándose de cláusulas estatutarias (supuesto más frecuente) se necesitará contar con la presencia de todos los propietarios en el acto asambleario (quórum) y con su voto favorable (mayoría unánime).

Sin embargo existe una infinidad de circunstancias personales que conspiran contra el logro del objetivo, tales como el desconocimiento (aún por parte del administrador) de los nombres de los propietarios o de su domicilio, el deceso de alguno de ellos (y la falta de conocimiento de los herederos), y por fin la indiferencia generalizada que disminuye la participación de los propietarios en las reuniones consorciales.

Las dificultades para lograr un acto asambleario válido han sido suficientemente expuestas por la doctrina y dieron lugar a que, si bien los recaudos de validez de las asambleas surgidos de la ley 13.512 y de su doctrina (convocatoria, orden del día, quórum, mayorías y deliberación) han subsistido en el Código Civil y Comercial, su existencia individual se ha visto relativizada de modo tal que su falta no siempre determina la ineficacia de la reunión.

a) Aunque la solución no era discutida en la práctica durante la vigencia de la ley 13.512, el artículo 2059 del Código Civil y Comercial (la misma norma que regula el modo de realizar la convocatoria) introduce una novedad en el régimen de la propiedad horizontal al permitir la autoconvocatoria de la asamblea “para deliberar”, y confiere validez a las decisiones si “la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios” [313]. Dado que la ley no puede convalidar la posibilidad de excluir en forma premeditada a los

[313] La necesidad de reunir dos tercios de la totalidad de los propietarios difiere de la autoconvocatoria que regula el artículo 158, inciso “b” del mismo Código Civil y Comercial para todas las personas jurídicas privadas ante ausencia de previsión específica, en la cual se exige la unanimidad (del mismo modo, antes de su vigencia la doctrina sostenía que el caso de unanimidad era la única excepción a la regla general de prohibición de la autoconvocatoria). La solución también es distinta de la que proponía el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 1998 cuyo artículo 2005 consideraba válidas las decisiones de la asamblea autoconvocada si el temario era aprobado por unanimidad.

ausentes, no bastaría con la presencia de un mínimo de dos tercios de todos los propietarios para fijar el orden del día y decidir la autoconvocatoria, a pesar de que la redacción del artículo puede dar lugar a entender que alcanzaría con dicha proporción; deben reunirse todos y al menos dos tercios convalidar la reunión y el temario[314].

b) El Código Civil y Comercial exige que en la convocatoria se transcriba el *orden del día*, el cual debe redactarse en forma precisa y completa bajo apercibimiento de considerarse nulo el tratamiento de otros temas (artículo 2059). Sin embargo, la propia norma incluye como salvedad que si están presentes todos los propietarios podrían acordar por unanimidad "tratar" el punto no previsto en el orden del día, aunque es lógico que en tal caso no sólo podría *tratarse* el nuevo tema surgido en la asamblea sino que también podría decidirse su rechazo o aprobación.

c) En cuanto al *quórum*, el silencio del Código Civil y Comercial parece inclinarlo a permitir que las asambleas se celebren con los presentes, cualquiera sea el número de ellos. Esta falta de indicación en la ley del modo de lograr el quórum, exigencia que tampoco está prevista dentro de la enumeración de cláusulas obligatorias que debe contener el reglamento (artículo 2056), incluso puede inducir a suponer, equivocadamente, que el quórum es una cuestión librada a la voluntad de los propietarios en cada acto asambleario, o que ha dejado de existir (no obstante que el artículo 2059 lleva como título "Quórum"). Aunque el concepto de *quórum* guarda diferencias con el de *mayoría* (que es la cantidad de votos que se necesitan para adoptar una decisión válida), ambos se relacionan de modo estrecho. Si la mayoría exigida para resolver debe computarse en relación a la totalidad de los propietarios y no en relación a los presentes en la asamblea (artículo 2060 primera parte), el quórum nunca podrá ser inferior a la mayoría que la ley exija según el tema que se trate, pese a cualquier previsión en contrario que el reglamento contenga, si es que se quiere resolver válidamente en el mismo acto sin tener que acudir al trámite de notificación posterior de lo resuelto a los ausentes para recolectar voluntades (artículo 2060 segunda parte).

d) La formación de las decisiones de la asamblea ha sufrido variantes no sólo en el modo de computar la *mayoría* absoluta (más de la mitad) sobre la totalidad

[314] Es cierto que la proporción de dos tercios se requiere en cuanto a la inclusión de los puntos en el temario, pero para aprobarlos en forma válida se requiere la mayoría que en cada caso exija la ley o el reglamento.

de las unidades funcionales —criterio adoptado como principio general y que se logra con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto—, sino también en cuanto a la posibilidad de integrarla con posterioridad al acto asambleario. De acuerdo al segundo párrafo del artículo 2060 del Código Civil y Comercial, la falta de oposición a las decisiones triunfantes propuestas que no han logrado conformar la mayoría requerida en la asamblea, dentro del plazo de quince días de haber sido notificados de ellas los propietarios ausentes, expresa la adhesión de éstos a través del silencio el cual, agregamos, implicará manifestación de voluntad por existir un deber de expedirse que resulta de la ley (artículo 263 del Código Civil y Comercial)[315]. Es así que en un consorcio conformado por diez propietarios a cuya asamblea concurrieron sólo tres, uno de los cuales se opuso a la decisión y los dos que votaron afirmativamente la comunicaron a los restantes siete, aquella puede adoptarse aún si uno de los requeridos se manifiesta por la negativa y logra el empate de voluntades expresas. Es decir que la decisión sería válida aún sin mayoría de votos exteriorizados mediante hechos positivos.

e) Si ante la comunicación de los presentes en la asamblea, los ausentes expresan o no su opinión fuera de la asamblea, ambas formas de manifestar sus voluntades son aptas para reunir las mayorías exigidas por el reglamento o por el Código para tomar una decisión válida. Es decir que la legitimidad de la resolución ya no exige la *deliberación* mediante la que se pueda escuchar las opiniones particulares en uno u otro sentido[316], se tenga la posibilidad de hacer conocer la propia y luego se emita el voto.

---

[315] Se pregunta Jorge Raúl Causse desde cuándo comienza en este caso a computarse el plazo de caducidad de treinta días para promover la acción judicial de nulidad de la reunión, ya que el artículo 2060 del Código Civil y Comercial exige que se cuenten desde la fecha de la asamblea. Y concluye que "la caducidad podría juzgarse que ocurra al vencimiento del plazo de quince días concedido para que se concrete la oposición" (CAUSSE, "Propiedad horizontal…", *op. cit*., p.833).

[316] Conforme el artículo 10 de la ley 13.512, el derecho a votar en la asamblea llevaba ínsito el derecho deber de deliberar, por lo que la única forma de tomar una decisión válida para el consorcio era a través del mecanismo de la asamblea. Esta exigencia no podía ser dejada de lado por el acuerdo de los copropietarios, habida cuenta que de modo imperativo la ley disponía la realización de la reunión, la deliberación de los temas que conforman el orden del día y la posterior votación.

f) Y en definitiva, si es válida la decisión adoptada "*por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea*" (artículo 2059) podría prescindirse incluso de la propia reunión de propietarios[317].

Será entonces mediante el cómputo de los votos de cada propietario en la asamblea, con posterioridad, o sin ella, que podrá manifestarse la voluntad de la persona jurídica consorcio como sujeto distinto de sus integrantes. No hay dudas de que el nuevo régimen intenta robustecer la representatividad del consenso y a tal fin crea mecanismos que logran compatibilizar la agilidad en la toma de decisiones válidas y el respeto al derecho de los propietarios a participar en su formación. Pero aún así, será muy difícil conseguir la tan anhelada unanimidad, lograda con voluntades expresas o tácitas, que exige la modificación de una cláusula estatutaria.

La asamblea se compone de una heterogeneidad tal en sus miembros que el único aspecto en común es la titularidad del derecho real de propiedad horizontal sobre una o varias unidades funcionales o sobre una porción indivisa de éstas. Y esa sola coincidencia de ningún modo uniforma las voluntades a la hora de votar para resolver el conflicto, porque las decisiones se ven influenciadas por valores, nivel intelectual, votaciones en asambleas anteriores, diferencias de trato con los vecinos, causa de la adquisición de la unidad (inversión o vivienda), todo lo cual conduce que las opiniones individuales respondan a reacciones psicológicas tales como temor a represalias, solidaridad, o enemistad personal con quien está interesado en la reforma e insta el mecanismo reglamentario al efecto.

A ello cabe agregar que la participación en asamblea no requiere asistencia letrada (e incluso muchas veces quienes concurren no permiten la presencia de abogados en las deliberaciones) y que, por tanto, los vecinos emiten sus opiniones sin comprender el alcance jurídico del problema cuya solución se les somete a voto.

Incluso muchas veces será imposible lograr la unanimidad, como en los casos en que el reglamento es otorgado por la persona humana o jurídica que divide jurídicamente la propiedad y se reserva facultades extraordinarias. Porque si el artículo 2061 del Código Civil y Comercial exige la conformidad expresa del titular a quien

[317] En tal caso, también consideramos procedente asentar lo resuelto en el Libro de Actas de Asamblea, aunque el nombre del Libro parece limitar su contenido a lo que se decida en el marco de una reunión. Si el artículo 2062 dispone que debe transcribirse el resultado de las consultas individuales como manifestación no asamblearia de la voluntad consorcial, no habría razones para dejar de asentar las resoluciones adoptadas sin asamblea.

quiere suprimírsele o limitarse un derecho, no es de esperar un repentino arrepentimiento en el acto de la asamblea de modo de dejar vía libre a la modificación en su propio detrimento.

De no obtenerse la mayoría necesaria, es poco lo que el propietario disconforme puede hacer. Habiéndose celebrado la asamblea ya no procede el remedio de la asamblea judicial[318], que está legislado para que puedan solicitarla los propietarios que representen el diez por ciento del total[319] sólo en el caso de omisión de convocatoria a la asamblea[320] por parte de los facultados al efecto, es decir el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio (artículo 2064 inc. "a")[321].

---

[318] No procede la asamblea judicial cuando no se logra el quórum, pues la falta es solucionada por el artículo 2060 segunda parte según el cual la mayoría de los presentes puede proponer decisiones, la que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tienen por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que éstos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente (CORNEJO, AMÉRICO ATILIO, "Improcedencia de asamblea judicial del consorcio", diario La Ley del 18 de mayo de 2015). Agregamos que por la misma razón tampoco procede la asamblea judicial cuando los propietarios se autoconvocan pero no logran la mayoría de dos tercios para tratar el temario o para tratar la decisión fuera de la reunión (artículo 2059 del Código Civil y Comercial).

[319] La exigencia de un porcentaje mínimo de propietarios para pedir la vía judicial marca una distinción con el régimen anterior, que no contenía ningún requerimiento numérico, a punto tal que podía ser instada sólo por uno de ellos. Opina Costantino que el legislador no ha tenido en cuenta en toda su realidad la situación habitacional en las zonas turísticas de los edificios afectados a propiedad horizontal, cuyo porcentaje de ocupación de propietarios en diez meses del año no supera de ninguna manera el diez por ciento del total. Y por esa razón considera que exigir ese porcentaje para la procedencia de la asamblea judicial "constituye una forma de fulminar esta importante válvula judicial ya casi en vía de extinción por los muy estrictos criterios judiciales para habilitar su apertura" (COSTANTINO, JUAN ANTONIO, "La propiedad horizontal en el Proyecto de Código", diario La Ley del 7 de enero de 2013, La Ley 2013-A, 591, La Ley Online AR/DOC/4632/2012). Para Cossari, ante el caso concreto la norma "puede ser declarada inconstitucional cuando la misma signifique vedar el acceso a la jurisdicción conculcando los derechos de los consorcistas que o logren reunir el mentado diez por ciento" (COSSARI, NELSON G.A., comentario al artículo 2063 del Código Civil y Comercial, en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini —director general—, Ignacio E. Alterini —coordinador—, Nelson G.A. Cossari —director del tomo—, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, tomo IX, p. 961).

[320] La periodicidad de la convocatoria a la asamblea debe surgir en forma obligatoria del reglamento conforme el artículo 2056 inc. "m", aunque cabe entender que la norma refiere sólo a las ordinarias —es decir a aquellas cuya realización es previsible— pues en el caso de las extraordinarias los legitimados pueden convocar a la asamblea cuando sea necesario.

[321] Los propietarios que promuevan la convocatoria judicial deben acreditar ser titulares de las unidades, así como la omisión por parte de los facultados de convocar (no de solicitar, facultad que conservan los propietarios) a la asamblea extrajudicial en tiempo oportuno de acuerdo a las previsiones del reglamento (cuya copia deben acompañar), lo cual revela su carácter de remedio subsidiario. Pero además, y aunque la norma no lo exija —como tampoco lo hacía el artículo 10 de la ley 13.512— deben acreditar la urgencia o gravedad de las cuestiones a decidir (en forma no conjunta sino alternativa) que reflejan el carácter excepcional del remedio.

VIII.2.3 La escritura de modificación del reglamento: entre las exigencias legales y la realidad

De lograrse las mayorías necesarias para reformar el reglamento, no hay acuerdo acerca de cuáles son las formalidades necesarias para confeccionar la escritura de modificación, cuya exigencia surge de los artículos 1017 inciso "c" y 2038 del Código Civil y Comercial, y la respuesta incidirá en los costos que deben afrontar los propietarios a través de las expensas.

Sin dudas cumplir con el mecanismo correcto implicaría la presencia del escribano en la asamblea para que celebre el acta respectiva por escritura pública, previo justificar la identidad de todos los asistentes en los términos del artículo 306 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, si la reforma es de las que merecen la inscripción por modificar la titularidad o extensión de los derechos reales, el otorgamiento de la escritura en el mismo acto de la asamblea requeriría la solicitud previa de certificados de dominio y de anotaciones personales de todos los propietarios (artículo 23 ley 17.801). Y de tratarse de actos de disposición de unidades, también se necesitará la conformidad de los acreedores hipotecarios y embargantes de las unidades (artículo 116 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17.801[322] y artículos 29 y 30 de la Disposición Técnico Registral bonaerense 14/2010 del 15 de septiembre de 2010[323]).

Si el escribano no hubiera pedido los certificados no podría otorgarse la escritura (pues la ley los exige como un recaudo previo de la autorización del instrumento), pero podría aprovechar la oportunidad para instruir a los asistentes a que otorguen mandato al administrador o a uno o varios de los propietarios para que, una vez obtenida la respuesta de los certificados, firme la escritura de reforma. Cuando la reforma no tuviera vocación registral, el escribano debería pedir, antes de la firma de la escritura

---

[322] Artículo 116 del decreto 2080/80: "En todos los casos, si las unidades afectadas por la modificación estuvieren hipotecadas, en el documento deberá consignarse el consentimiento del acreedor hipotecario respectivo".

[323] Artículo 29 de la Disposición Técnico Registral 14/2010: "En todo documento de modificación de Reglamento de Copropiedad y Administración, que afecte directamente unidades funcionales y/o complementarias gravadas con derecho real de hipoteca, se deberá consignar el consentimiento del acreedor hipotecario respectivo"; Artículo 30 de la Disposición Técnico Registral 14/2010: "Si la modificación afectare unidades en las cuales se encuentren anotadas medidas cautelares, será requisito indispensable la autorización expresa del Juzgado oficiante que ordenó la medida para su traslado a la/las que resulten de la nueva configuración.".

(y por ende antes de la asamblea), los informes de dominio de cada asistente (artículo 27 ley 17.801) para verificar la titularidad del derecho real, antecedente necesario que habilita a emitir el voto.

Pero es sabido que el escribano no suele encontrarse presente en la asamblea para labrar el acta por escritura pública. Y además de razones de índole personal, en las más de las veces no tiene sentido su concurrencia pues aún no cuenta con los antecedentes que le permitan autorizar el instrumento de modificación (y mucho menos si hay que integrar la mayoría con los ausentes).

Es así que en la práctica, por lo general, una vez realizada la asamblea que decide la reforma del reglamento, el administrador o la persona que se designe al efecto concurre a la escribanía y encarga al notario que realice los trámites que derivarán en la inscripción de la escritura de modificación. Luego de escuchar al compareciente, el escribano suele proponer la redacción del acta asamblearia cuya exactitud le permitirá valerse de su texto al momento de la autorización de la escritura. Y también ocurre con frecuencia que el propio escribano recién entonces hace saber a los consorcistas que la modificación resuelta en la asamblea requiere como antecedente necesario de la escritura, la ratificación de un nuevo plano que refleje la alteración del originario[324].

Una vez que el notario cuenta con el acta redactada de acuerdo a sus instrucciones y en su caso con el plano de modificación visado en los organismos administrativos, pide los certificados o informes de dominio (según el alcance de la reforma), de quienes estuvieron presentes en la asamblea. Y para concluir, labra una escritura de modificación de reglamento de propiedad horizontal que no tiene forma de acta de asamblea, pero que remite a su texto.

Salvo consorcios con pocos integrantes, no es usual la comparecencia personal a firmar la escritura de todos los propietarios que estuvieron presentes en la asamblea Incluso si la reforma no era de las que requería unanimidad, es posible que quienes votaron en contra no tengan interés en concurrir a la escribanía, razón por la que se ha extendido la práctica notarial de considerar suficiente la firma de quienes votaron

[324] En la provincia de Buenos Aires, la exigencia deriva el artículo 27 de la Disposición Técnico Registral 14/2010 del 15 de septiembre de 2010 según el cual "A los fines de registrar las escrituras de modificación de Reglamento de Copropiedad y Administración, se deberá acompañar plano de Propiedad Horizontal ratificado junto con los respectivos certificados de catastro, expedidos por la Dependencia que corresponda a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), con respecto a las unidades que son objeto de la misma.".

favorablemente[325]. Para evitar estos inconvenientes, es habitual que del acta de la asamblea surja el mandato a una o más personas para que comparezca a firmar en representación de los propietarios. Cabe aclarar que este mandato no requerirá escritura pública, pues no está incluido en la nómina de contratos que de acuerdo al artículo 1017 del Código Civil y Comercial deben otorgarse bajo esa forma y, en consecuencia, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente (artículo 284 del Código Civil y Comercial).

Con el otorgamiento del mandato, la escritura reflejará la voluntad del consorcio según lo resuelto en la asamblea y no la voluntad sólo de los propietarios comparecientes. A la vez, el mandato debe ser conferido por la totalidad de los propietarios para cumplir con la exigencia en cuanto a que deben ser otorgados "por todos los integrantes del consorcio" los documentos que modifiquen el reglamento en cuanto a aspectos constitutivos de la propiedad horizontal, como requisito para su toma de razón (artículo 115 primera parte del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17.801[326] y artículo 28 segunda parte de la Disposición Técnico Registral bonaerense 14/2010 del 15 de septiembre de 2010[327]).

VIII.2.4 La posibilidad de anular la asamblea

La asamblea goza de una presunción de legitimidad que sólo puede ser desvirtuada cuando sea declarada judicialmente inválida, por lo que, hasta que eso no

---

[325] Agrega Elena Highton que para el supuesto en que algún votante a favor de la reforma no concurriera a firmar la escritura, podría demandárselo a tal fin, bajo apercibimiento de otorgarla el juzgado (HIGHTON, *op. cit.*, p.201).

[326] Artículo 115 del decreto 2080/80: No se tomará razón de documentos que modifiquen el reglamento de copropiedad y administración en lo referente a aspectos constitutivos de la propiedad horizontal cuando los mismos no fueren otorgados por todos los integrantes del consorcio. Si la modificación sólo implicare variación en la configuración de unidades funcionales determinadas, sin alteración de las proporciones en la copropiedad, será suficiente que el otorgamiento del documento modificatorio se efectúe con la intervención de los titulares de las unidades comprendidas, si así se hubiere previsto en el reglamento de copropiedad y administración.

[327] Artículo 28 de la Disposición Técnico Registral 14/2010: En la calificación de las escrituras de modificación de Reglamento de Copropiedad y Administración, en cuanto a las mayorías necesarias, se limitará a las que establece la ley, el Reglamento y conforme a la naturaleza de las cláusulas en cuestión, no pudiendo ser en estos supuestos inferior al tope legal (dos tercios, artículo 9º de la Ley Nº 13.512). No se tomará razón de documentos que modifiquen el Reglamento de Copropiedad y Administración, en lo referente a aspectos constitutivos de la Propiedad Horizontal, cuando los mismos no fueren otorgados por todos los integrantes del Consorcio.

suceda, sus resoluciones adquieren fuerza ejecutoria, y tanto los propietarios como el administrador deben obedecer lo decidido en su seno y actuar en consecuencia. De allí que cuando el propietario pretende apartarse de la decisión asamblearia, una de las vías con la que cuenta es la declaración de nulidad de la asamblea (o de alguna de las decisiones), en virtud de estar afectada la legitimidad de su convocatoria, de su etapa deliberativa o de su fase de resolución. De ese modo se priva al acto de todo efecto jurídico con retroactividad al momento de su nacimiento (artículo 390 del Código Civil y Comercial).

Para ello podría promover la acción judicial de nulidad de asamblea contra el consorcio —no contra el administrador o contra uno o alguno de los propietarios, aunque sean los beneficiados por la resolución en crisis[328]—, para lo cual cuenta con un plazo de caducidad de treinta días computados desde la fecha de la asamblea (artículo 2060 del Código Civil y Comercial)[329], razón por la que resultan aplicables al plazo legal las normas sobre la caducidad de derechos (artículos 2566 a 2572 del Código Civil y Comercial).

No se discute que las nulidades referidas a decisiones asamblearias son de las denominadas "*relativas*" porque el acto impugnado no afecta el interés público sino tan solo el de la comunidad consorcial (artículo 386 del Código Civil y Comercial)[330]. Por lo

---

[328] Explica Juan Antonio Costantino que la acción debe entablarse contra el consorcio "y no contra los propietarios que votaron en uno u otro sentido, ni contra el administrador que cometió errores en la citación para asamblea" (COSTANTINO, JUAN ANTONIO, "La legitimación procesal en los litigios derivados de las relaciones consorciales" en AAVV, *La legitimación – Homenaje al profesor doctor Lino Enrique Palacio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 428). El mismo autor concluye en otra obra que en una acción de nulidad de asamblea de un consorcio de propietarios, *"el único legitimado pasivo"* es el consorcio (COSTANTINO, Juan A., "Nulidad de asamblea consorcial. Legitimación pasiva", LA LEY1994-B, 393). En igual sentido sostiene Silvia Adriana Díaz en relación a la nulidad de la asamblea que "la acción no puede ser dirigida contra los consorcistas sino contra el Consorcio cuya decisión se ha manifestado a través de la asamblea que es el órgano deliberativo y a través del cual se emite la declaración de voluntad del ente" (DÍAZ, "La responsabilidad civil…", *op.cit.*).

[329] Si bien el plazo de treinta días corridos aparece como demasiado breve, lo más llamativo es el momento que se fija como comienzo del cómputo el cual no tiene en cuenta el conocimiento o la posibilidad del impugnante de conocer el vicio, tal el criterio adoptado para fijar el comienzo del plazo de prescripción liberatoria de dos años en las acciones de nulidad relativa, de revisión o de inoponibilidad del acto jurídico (artículo 2563 del Código Civil y Comercial). Por su parte, la acción de impugnación de la decisión asamblearia en una sociedad anónima puede promoverse "dentro de los tres meses de clausurada la asamblea" (artículo 251 de la ley 19.550).

[330] Cámara Nacional Civil, Sala A, "Motte, Otto y Cía. Ltda. S.A. c/ Consorcio de propietarios calle Córdoba 1451/67", 23/05/1958, La Ley, 91-227; "Palcos de Silberstein, Beatriz c/ Consorcio de propietarios Larrea 1045", 10/07/1964, El Derecho 8-562, en los que se admite el saneamiento de la nulidad asamblearia por confirmación tácita; LAQUIS, MANUEL A. – SIPERMAN, *op.cit.*, p.129; RACCIATTI, HERNÀN, "Asambleas de propietarios en sede judicial y la impugnación de los actos asamblearios", La Ley, 1995-D, 363, La Ley Online

tanto tampoco está en duda que los actos viciados con este tipo de nulidad son susceptibles de confirmación (artículo 388 del Código Civil y Comercial), y se entiende como tal al acto jurídico por el cual la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad (artículo 393 del Código Civil y Comercial, aplicable a falta de disposiciones especiales sobre nulidad asamblearia).

Es por eso que nada impide que una asamblea viciada de nulidad relativa pueda ser confirmada por los propietarios a través de otra asamblea posterior que siga el mismo orden del día y legitime lo actuado por la primera. Incluso el nuevo mecanismo de la adhesión posterior e individual de los propietarios a lo resuelto en esta segunda asamblea (artículo 2060 del Código Civil y Comercial), práctica que se agrega como medio de formación de la voluntad consorcial, también implica confirmar la resolución viciada de nulidad relativa por parte de quien se adhiere a lo decidido. Y así como en estos casos la confirmación es expresa, también puede convalidarse lo resuelto de un modo tácito (artículo 393 del Código Civil y Comercial), es decir mediante la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto viciado de nulidad relativa, con conocimiento de la causa de nulidad, o a partir de otro acto del que se derive la voluntad inequívoca de sanear el vicio del primero (artículo 394 del Código Civil y Comercial).

En resumen, puede demandar la nulidad relativa de la asamblea ante el juez el propietario perjudicado en cuyo beneficio se establece (artículo 388 del Código Civil y Comercial), quien por tal razón también queda legitimado para confirmarla (artículo 393 del Código Civil y Comercial)[331]. Pero la procedencia de la sanción requiere, entre otros recaudos[332], no haber votado a favor de la decisión impugnada (o haberlo hecho

---

AR/DOC/16448/2001; BENDERSKY, MARIO J., *Nulidad de Asambleas en el Régimen de Propiedad Horizontal, op. cit.*, nro. 88, p.168, aunque este autor asimila el acto sometido a una nulidad relativa con el acto anulable que regulaba el Código Civil.

[331] El administrador no propietario cesante, aunque haya sido removido por una asamblea que a su parecer no contaba con los requisito suficientes, carece de legitimación para peticionar la nulidad de la asamblea que lo removió del cargo con o sin causa, pues la prerrogativa se encuentra reservada sólo a los consorcistas que no hayan votado a favor de la decisión impugnada ni la hayan convalidado, máxime que el administrador resulta ajeno a las decisiones vinculadas respecto del cese de la representación (TACHELLA, DIEGO HERNÁN, "Propiedad Horizontal. Nulidad de asamblea. Falta de legitimación activa del administrador no propietario removido", Doctrina Judicial 22-05-2013, La Ley Online AR/DOC/877/2013, comentario al fallo dictado por la Cámara Nacional Civil, Sala L, "Basar Vace c/ Consorcio Propietarios Malabia 2344 s/nulidad de acto jurídico", 02/11/2012). En realidad, el administrador del consorcio no está legitimado para demandar la nulidad asamblearia, cualquiera fuese la decisión que se pretenda impugnar, aunque ésta le provoque un perjuicio directo.

[332] Se debe también cumplir con los requisitos adjetivos de admisión del proceso, temas sobre los que volveremos más adelante.

mediando algún vicio de la voluntad, como el error, el dolo o la violencia), ni haberla convalidado con posterioridad, sea en forma expresa o tácita.

Además, atento el carácter extremo del remedio, los tribunales han sostenido que la nulidad es improcedente si no se aducen razones de fondo que justifiquen la sanción, o bien si no hay perjuicio o un interés serio y legítimo en su declaración (que deben ser comprobados por quien alega el vicio), pues nunca corresponde decretar la nulidad por la nulidad misma. De todos modos, habrá que juzgar con amplitud las causas del pedido, para que, al tiempo de su admisión, la sentencia también pueda servir como estímulo para el cumplimiento de los requisitos que den lugar a una decisión asamblearia válida.

Pero esta amplitud no significa que la nulidad asamblearia procede cuando quien la impetra lo hace por el solo hecho de que lo resuelto en la asamblea extrajudicial había sido contrario a sus pretensiones. La imposibilidad de lograr la mayoría necesaria de votos para aprobar una propuesta implica su fracaso, sin otro remedio que una eventual reconsideración por el mismo órgano del consorcio. Es decir que lo decidido es válido, y por lo tanto, no revisable judicialmente.

VIII.3 Las dificultades para lograr la aprobación asamblearia como freno a la reforma extrajudicial del reglamento

En aquellos casos en los que al menos se avanza en el camino que conduce a la asamblea, los problemas aludidos llevan a concluir que la vía extrajudicial de reforma del reglamento se vuelve difícil de transitar, y en algunos incluso se torna imposible lograr el objetivo final. A pesar de que sean mayores las dificultades en caso de reforma de cláusulas estatutarias (por la unanimidad que exige su decisión), la mayoría de los obstáculos pueden hacerse extensivos a la reforma de las cláusulas llamadas reglamentarias. Y nada cambia si el reclamante es consumidor.

De todos modos, en el caso de que no proceda la nulidad de la asamblea pero igualmente el afectado entendiera que la resolución adoptada por la mayoría es ilegítima, cabe preguntarse si puede acudir a la instancia judicial para que el juez decida por sentencia la reforma del reglamento, sobre el que hemos concluido su naturaleza contractual.

IX- MODIFICACIÓN JUDICIAL DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL FRENTE A UNA CLÁUSULA ABUSIVA EN SU TEXTO

IX.1 Modificación de la proporción contributiva en el pago de expensas

Uno de los supuestos más comunes que da lugar al intento judicial de modificación del estatuto consorcial aparece con el desacuerdo de uno o varios propietarios con las proporciones reglamentarias para el pago de las expensas comunes, ya sea porque pretenden liberarse de obligaciones que se le hayan impuesto o para incorporar a las unidades exentas a contribuir con el pago.

Estos porcentajes suelen reflejar situaciones injustas cuando el criterio para medir la carga —de acuerdo al artículo 2056 inciso "g" del Código Civil y Comercial la "determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes"[333] constituye una de las cláusulas obligatorias— es el índice o coeficiente de ocupación sin detenerse en particularidades, y existen bienes o servicios comunes que usan sólo un grupo de propietarios o que, aún siendo de uso general, puede ser distinto el aprovechamiento que cada comunero haga de ellos.

Si bien puede convenirse en el reglamento que en estos casos se exima parcialmente de las contribuciones por expensas a los titulares de las unidades funcionales que no tengan acceso a tales servicios o sectores (artículo 2049 Código Civil y Comercial) o bien, que queden directamente relevadas de contribuir a condición de que no se beneficien con la cosa o servicio que genera el gasto[334], el problema surge cuando la determinación reglamentaria del porcentual de contribución no se hace eco de tales usos diferenciados y consagra una inequidad en el caso de expensas onerosas o de imprevistos gastos extraordinarios en cosas comunes que no son aprovechadas por todos.

Como ejemplo usual de planteos semejantes puede citarse el pedido de los propietarios de planta baja que pretenden eximirse de contribuir con los gastos de mantenimiento del ascensor o de cañerías de agua caliente o de iluminación de los pasillos internos aduciendo el no uso.

---

[333] A diferencia del artículo 9 inc. "c" de la ley 13.512 que obligaba a dejar constancia en el reglamento de la "forma y proporción" de la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes, el artículo 2056 inciso "g" del Código Civil y Comercial sólo exige que contenga "la proporción en el pago de las expensas comunes". De esta manera, dependerá de la voluntad de los redactores del reglamento incluir en su texto aspectos tales como, por ejemplo, la periodicidad y días de pago, o la elección de la oportunidad para llevar a cabo la liquidación de los gastos que abona el administrador con el dinero consorcial.

[334] AREAN, *Derechos reales, op.cit.*, p. 402.

Aun cuando se entendiera que existe una justa causa, no puede admitirse el cese del pago de las expensas decidido en forma unilateral, porque debe privilegiarse la supervivencia del consorcio por sobre toda otra cuestión que pudiera suscitarse en la relación consorcial. La vía por la que debe canalizarse esta discrepancia entre propietarios es entonces exclusivamente a través de la reunión de sus voluntades.

Pero el cambio del modo de contribución cuando se exime a alguno de los titulares del pago de ciertos rubros, tendrá incidencia en todos los porcentuales de aportes, pues los restantes propietarios deberán absorber lo que aquél deja de abonar. De allí que se requiere la unanimidad[335] para que la asamblea convocada al efecto resuelva en favor de la reforma del reglamento[336], que debe instrumentarse por escritura pública y contar con la posterior inscripción registral. A dicho argumento central para sustentar la necesaria unanimidad[337], puede agregarse que:

a) Cualquier cambio en el porcentaje de contribución que altere la cuantía de las expensas que correspondan a cada unidad, hará disminuir el valor de mercado de las unidades perjudicadas.

b) Cuando el artículo 2056 inciso f) del Código Civil y Comercial obliga al reglamento a contener una cláusula por la que se determine "la proporción en el pago de las expensas comunes" no le exige a quien lo redacta el respeto de ningún criterio especial para adoptar la decisión. Del mismo modo, luego de adherirse, los propietarios son libres de adoptar cualquier otro criterio para modificar aquella proporción (por ejemplo, el mayor aprovechamiento de los servicios comunes por

[335] Se resolvió que en atención al origen contractual del reglamento, su reforma que implique privar a algunos de los consorcistas de derechos adquiridos, tal el caso de la reforma de la proporción para el pago de las expensas comunes, exige la unanimidad de todos los interesados y si ésta no es obtenida en la respectiva asamblea y debe recurrirse a la vía judicial, debe darse intervención en el juicio a todos los propietarios pues el administrador representa al consorcio y no a los propietarios individualmente (Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala VI, "Aleksander Efroim y otros c/ Consorcio de Propietarios Avenida Santa Fe 1823/25/27/29", 03/04/1981, El Derecho 93-783); Cámara Nacional Civil, Sala B, "Fenili y Cía, S.R.L. c/ Consorcio de propietarios del edificio Alsina 1780/82", 12/05/1961, con nota de Eduardo J. Laje, "Modificación del reglamento de copropiedad horizontal (¿Unanimidad o mayoría? ¿Procede por decisión judicial?)", La Ley 104-506, 521, La Ley Online AR/DOC/537/2012; y Cámara Nacional Civil, Sala F, "López de Lucini, Marìa E. c/ Consorcio Guayaquil 200", 16/09/1991, Jurisprudencia Argentina 1992-III, 169, La Ley 1991-E, 529 y Doctrina Judicial 1992-1, 430; LAQUIS y SIPERMAN, *op.cit.*, p. 63, con cita de jurisprudencia).

[336] Si se quisiera lograr la decisión sin asamblea, el artículo 2059 del Código Civil y Comercial duplica la exigencia de unanimidad.

[337] Con la vigencia de la ley 13.512, la modificación del criterio de contribución genérico basado en la "proporción al valor de sus pisos o departamentos" exigía la "convención en contrario" (artículo 8) y se entendía que "convención" era equivalente a contrato, y que éste debía otorgarse con la conformidad de todos los propietarios (Cámara Nacional Civil, Sala B, "Fenili y Cía., S.R.L. c/ Consorcio de propietarios del Edificio Alsina 1780/82, cit.).

parte de los propietarios de algunas unidades, la ubicación de las unidades respecto del inmueble vecino generador de molestias, etc.), el cual siempre será válido, precisamente porque debe adoptarse por unanimidad.

En resumen, el aumento de la cuota de participación que para los demás propietarios supone la liberación de pago de ciertos servicios comunes respecto de otros de ellos importa, de manera indirecta, un cambio de la proporción contributiva de cada uno en el pago de las expensas convenidas. En principio, ese cambio en el reglamento no puede provenir de la voluntad judicial que no ha concurrido a la formación del vínculo creador de la obligación sino del consentimiento unánime de la asamblea[338], el cual, por mediar conflicto entre los propietarios, será casi imposible de conseguir.

Sin embargo, en la práctica, cuando no se logró la mayoría asamblearia para el cambio (o aún sin haber instado la asamblea), se formularon demandas para que el juez modifique la proporción en el pago de las expensas comunes sin previa declaración de nulidad de la cláusula atacada, mediante el ofrecimiento de prueba tendiente a demostrar que el criterio elegido por el reglamento no era el más apropiado, por ejemplo, a las características de cada construcción. Aun cuando sean múltiples los argumentos para desestimar el pedido, las respuestas judiciales han

---

[338] En un caso en el que el propietario pretendía alterar las proporciones en base a las cuales se determinaba la contribución de expensas, se resolvió que si no se obtuvo la mayoría requerida para tomar la decisión en la asamblea, la intervención judicial sólo es admisible cuando fuera requerida para la invalidación, por vía de nulidad, de decisiones asamblearias irregulares o violatorias de la ley, o para poner coto a cláusulas que avasallen el derecho de las minorías, la moralidad o las buenas costumbres; pero la vía judicial no implica la existencia de un régimen directo de modificación por parte de los jueces (Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, "De la Torre, Carlos c/ Consorcio de Propietarios Edificio Chiclana 681", 18/09/1987, La Ley 1988-A, 468, El Derecho 127-399, La Ley Online AR/JUR/1982/1987). En el mismo sentido se dijo que los integrantes de un consorcio no deben quedar indefinidamente sujetos a las cláusulas del reglamento de copropiedad que resulten injustas en su aplicación o lesivas a sus legítimos derechos; tal situación debe corregirse mediante la reforma al reglamento promovida ante la asamblea de propietarios y, en caso que la decisión de la asamblea fuera arbitraria o injusta, puede reclamarse el amparo judicial (Cámara Nacional Civil, Sala D, "Construcciones de Luca S.R.L. c/ Consorcio de Propietarios Echeandía 4841/47", 15/07/1998, La Ley 2000-B, 532, con nota de Cecilia Adriana Villanustre; Doctrina Judicial 2000-1, 783, La Ley Online AR/JUR/1585/1998). Al decir de Hernán Racciatti, la vía judicial resultaría procedente cuando la decisión asamblearia importara abierto desconocimiento o equivocada interpretación de previsiones reglamentarias relativas al punto, mientras que tal amparo jurisdiccional debe ser denegado, cuando del estatuto no pudiere inferirse un diferente trato para los propietarios que no usufructuaren de ciertos servicios considerados como comunes (RACCIATTI, HERNÁN, "Liberación de pago de expensas comunes por servicios no prestados en la propiedad horizontal", en *Revista del Notariado*, nro. 737, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1974, p. 1681 y *Propiedad por pisos o por departamentos"*, *op. cit.*, pp. 162 y 316/7).

variado desde admitir la liberación de aquellos servicios de los que no goza el solicitante, hasta no eximir a ningún propietario de su participación en los gastos comunes respetando el reglamento en este aspecto.

Pero llama la atención que, a pesar de que por lo general el único demandado es el consorcio[339], ninguno de estos precedentes se detiene en el tema de la legitimación pasiva, sea en los casos de admisión total[340]o parcial[341] o de rechazo[342] del reclamo. Es más, en los pocos casos en los que además se dispuso la citación como demandados de todos los consorcistas, la sentencia no valoró el allanamiento o rebeldía de algunos los citados ante la respuesta de los otros[343] o no tuvo en cuenta la

---

[339] El error en la elección del legitimado pasivo podría deberse a que es el consorcio el acreedor del crédito por expensas (y recibe los pagos), quien por lo general acepta su participación en el proceso sin oponer cuestiones de legitimación.

[340] Cámara Nacional Civil, Sala E, "Tacridy de Pérez, Blanca c/ Consorcio de Propietarios Salta 441/44/46", 30/07/1968, El Derecho 27-426; Cámara Nacional Civil, Sala A, "Vilar, Amadeo c/ Consorcio de Propietarios Viamonte 1487/1499", 19/12/1976, Repertorio La Ley XXXVIII-J-Z-1693, sum. 61; Cámara Nacional Civil, Sala B, "Chinni, José E. c/ Consorcio de Propietarios Uruguay 763/767"09/02/1978, La Ley 1978-B, 580 y El Derecho, 77-326, con nota de Mario Bendersky; Cámara Nacional Especial y Civil y Comercial, Sala 4ta, "Fernández de Grisolía, María N. c/ Consorcio de Propietarios Gral. Hornos 892/894", 16/05/1983, El Derecho 105-686 y Repertorio La Ley XLIV, J-Z, sum.37; Cámara Nacional Civil, Sala F, "Lòpez de Lucini, Marìa E. c/ Consorcio Guayaquil 200", cit.; Cámara Nacional Civil, Sala A, "Selección Once S.A. c/ Consorcio de Propietarios Corrientes 2290/94/300", 30/10/1974, La Ley 1975-B, 79; Cámara Nacional Civil, Sala H, "Grosso, M. c/ Cons. de Prop. Paraná 465/7", 04/09/2000, Lexis Nexis doc. 10.8665.

[341] Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala V, "Casulo, Eddie I. c/ Consorcio de propietarios Soler 4488/90", 03/09/1980, El Derecho 101-443; Cámara Nacional Civil, Sala F, "Arromal S.A. c/ Consorcio Jean Jaures 702/8", 29/05/1974, La Ley 1975-B, 82, con nota de LAQUIS, MANUEL ANTONIO, "Los servicios comunes y la obligación por las expensas de los propietarios de locales. Función del uso".

[342] Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala VI, "Hauserman, José J. c/ Consorcio de Propietarios Camargo 843/47", 12/12/1978, La Ley 1979-A, 273, La Ley Online AR/JUR/3526/1978; Cámara Nacional Civil, Sala D, "Aste Sturla, Juan F. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Coronel Díaz 1979/1983", 22/11/1961, Jurisprudencia Argentina 1961-IV, 203; Cámara Nacional Civil, Sala A, "García, José A. c/ Consorcio de Propietarios Güemes 4484/86", 17/03/1978, La Ley 1978-B, 572; Cámara Nacional Civil, Sala D, "Sercol S.C.A. c/ Consorcio Pedro Goyena 69/71", 29/09/1978, Jurisprudencia Argentina 1980-I,63; Cámara Nacional Civil, Sala F, "Kostzer, Moisés c/ Consorcio de Propietarios Lavalle 1525", 12/11/1968, La Ley 137-486, con nota de GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, ÁLVARO, "La liberación del pago de expensas comunes"; Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, "De la Torre, Carlos c. Consorcio de Propietarios Edificio Chiclana 681", cit.; Cámara Nacional Civil, Sala D, "Construcciones de Luca S.R.L. c. Consorcio de Propietarios Echeandía 4841/47", cit. (la particularidad del caso consiste en que el propio actor había sido el constructor y quien había redactado el reglamento).

[343] A modo de ejemplo citamos el fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Luraschi, Diego Ernesto c/ Consorcio de Propietarios Anasagasti 2062/64", 12/02/2008, Doctrina Judicial, 29/10/2008, 1823, La Ley Online AR/JUR/412/2008) en el que confirmando la sentencia de primera instancia se rechazó la demanda de un propietario para que se modifique el reglamento que otorgaba a su unidad un porcentaje mayor que otras unidades con mayor superficie. Para ello el Tribunal se fundó en que la superficie no era el único factor que había

naturaleza contractual del reglamento al momento de decidir la configuración de un litisconsorcio pasivo necesario[344]. Incluso en un supuesto, la legitimación pasiva de todos los propietarios se subordinó a que el actor haya explícitamente articulado la declaración de nulidad de la cláusula del reglamento para poder exonerarse de algunos rubros de expensas, lo cual en el caso no había ocurrido[345].

En resumen, el particular escenario que plantean las solicitudes judiciales de modificación directa de la cláusula válida del reglamento de existencia obligatoria por la cual se determina la proporción en el pago de expensas (artículo 2056 inciso "g" del Código Civil y Comercial) ha dado lugar a la referida multiplicidad de respuestas en las

---

tenido en cuenta el reglamento para determinar el porcentaje de las unidades, cuya elección es libre para los propietarios, pero principalmente en que el actor debió acreditar, y no lo hizo, que su unidad no tenía, respecto de las demás unidades, las otras ventajas que tuvo en cuenta el reglamento para la determinación de los porcentajes. Y por aplicación del principio de indivisibilidad del objeto procesal, consideraron los jueces que, ante la postura asumida por los litisconsortes que se opusieron a la demanda, quedan relativizados los efectos de la conducta asumida por quienes se allanaron --pues este acto de disposición sólo produce sus efectos normales en la medida que los restantes litisconsortes necesarios adopten la misma actitud-- y por quienes quedaron en rebeldía pues ésta constituye fundamento solamente para una presunción simple o judicial acerca de la verdad de ellos, sujeta a la prueba a producirse que, consideraron los magistrados, no se había aportado.

[344] Se dijo que la pretensión de un copropietario tendiente a que se lo excluya del pago de determinados gastos comunes debe sustanciarse con todos los consorcistas, pues de lo contrario la sentencia que se dicte será de ningún valor respecto de aquéllos que no hayan intervenido en el proceso. Y que atento que su pedido implicaba una modificación del reglamento con el objeto de instaurar una distinta distribución de las cargas comunes, para implementarla es menester dar audiencia a todos los propietarios, porque en tal caso existe un litisconsorcio necesario, dado que son ellos los verdaderamente afectados si se establece un diverso modo de imputar los gastos comunes (Cámara Nacional Civil, Sala A, "Nuin, Guillermo José c/ Consorcio de Propietarios Juan B. Alberdi 920 s/ Modificación de reglamento de copropiedad", 27/03/2000, SAIJ: FA00020153). En un precedente anterior se había sostenido que cuando la demanda tiende a reducir el porcentaje que deben abonar los actores en concepto de expensas comunes, de hecho se requiere la modificación del reglamento de copropiedad, y por lo tanto la acción debe sustanciarse con todos los copropietarios integrantes del consorcio, ya que éstos son los que deben oblar las expensas de administración de acuerdo con el valor proporcional de sus unidades (Cámara Nacional Civil, Sala B, "Garrido, Jorge E. y otros c/ Consorcio de Propietarios Alsina 513/23", 14/04/1970, La Ley 141-637).

[345] Luego de decidir que está afectado de nulidad parcial el reglamento cuya cláusula obliga a un copropietario a pagar ciertas expensas por servicios que no está en condiciones de utilizar, la Cámara deja en claro también que la verificación de esa nulidad parcial sólo puede ser declarada en juicio en que sean parte los contratantes vinculados por el reglamento cuestionado, sin que esa intervención pueda quedar suplida por el consorcio de propietarios, que es un ente de derecho y tiene una personería distinta de la de ellos y con capacidad limitada para los actos de gestión del edificio constituido en propiedad horizontal (Cámara Nacional Civil, Sala A, "Barmat, Natalio c/ Consorcio de propietarios Medrano 506", 20/12/1973, Jurisprudencia Argentina 21-974, 530).

que no se ha cumplido los recaudos imprescindibles para la reforma por la vía compulsiva[346].

IX.2 El reglamento como contrato y su modificación judicial

El consentimiento es la fuente de los contratos y también de las modificaciones que las partes pretendan introducirle, sean transitorias o definitivas, y los derechos resultantes del contrato "integran el derecho de propiedad del contratante" (artículo 965 del Código Civil y Comercial). Es decir que mientras las partes no lo cambien o cambien su contenido (o la mayoría de ellas, si así lo hubieran pactado), no puede modificarlo válidamente un tercero aunque crea que su propuesta resulta conveniente para las partes. La propia normativa específica de la propiedad horizontal brinda sustento a esta idea al admitir que el reglamento "sólo puede modificarse por resolución de los propietarios" (artículo 2057 del Código Civil y Comercial que sigue el texto de su antecedente, el artículo 9 de la ley 13.512).

Por más que los propietarios no hayan redactado el reglamento, si adhirieron a su texto y se comprometieron a respetarlo —aunque la aceptación sea presumida por la ley e incluso indirecta o tácita[347]— deberán atenerse a sus cláusulas, las cuales resultan obligatorias y no pueden ser dejadas de lado voluntariamente por las partes ni por sus sucesores, salvo que hubieran existido vicios de la voluntad de los adherentes al acto. Cuando el Código Civil y Comercial establece que "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes" (artículo 959) no le está otorgando fuerza vinculante por ser un contrato sino porque el contrato ha sido producto de un libre acuerdo de voluntades.

Tales argumentos han servido de base para pensar que tampoco los jueces podrían modificar en forma directa las disposiciones del reglamento (de naturaleza contractual) voluntariamente aceptadas por los propietarios, a pedido de alguno o algunos de los disconformes con su texto, sino que su reforma directa sólo puede lograrse por decisión de los propietarios en una asamblea convocada a dicho efecto. Afirman Lily R. Flah y Rosana I. Aguilar que si el juez modifica un contrato estaría supliendo el consentimiento del interesado porque al hacerlo no haría otra cosa que contratar, y esta conducta invade la libertad de hacerlo o de abstenerse, cuya

[346] Tanto es así que en un fallo incluso se admitió la posibilidad de reformar el porcentaje reglamentario de contribución de cada propietario en las expensas comunes por mayoría, no por unanimidad (ver Cámara Nacional Civil, Sala A, "Motte, Otto y Cía. Ltda. S.A. c/ Consorcio de propietarios calle Córdoba 1451/67", cit.).

[347] Tal el caso de la adquisición de una unidad funcional por prescripción larga a cuyo título suficiente extradocumental también se integra el reglamento (artículos 1892, 1905 y 2038 del Código Civil y Comercial).

privacidad está exenta de la autoridad de los magistrados conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional[348].

De acuerdo a este razonamiento, los jueces deben aplicar las normas contractuales al igual que las normas legales, sin modificarlas. Si lo hacen, dicha reforma carecería de una fuente válida porque las estipulaciones contractuales sólo pueden provenir de la voluntad de las partes (que en este caso se manifestó en contrario), o de la ley. Al respecto, la segunda parte del artículo 959 del Código Civil y Comercial previene que el contenido del contrato "sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos que la ley prevé". Y el artículo 960 del mismo Código priva a los jueces de facultades "para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público", (pero en materia de propiedad horizontal podría especularse que es muy difícil comprometer el orden público, ya que las afectaciones involucran sólo el interés privado de los propietarios).

Sin embargo, no siempre los jueces tienen vedada la posibilidad de la reforma del reglamento pues no obstante su carácter contractual, las soluciones de su texto deben seguir el cauce de la legalidad. Porque si bien es cierto que es una facultad de los propietarios que pueden ejercerla conforme las disposiciones legales y del propio estatuto consorcial, cuando algunas normas del reglamento atentan contra la ley, por resultar abusivas o por cualquier otra circunstancia[349], corresponde a los jueces anular tales cláusulas e integrar el reglamento, luego de frustrada la vía extrajudicial.

Es decir que las demandas cuyo objeto sea lograr la reforma o revisión judicial del reglamento exigen como recaudo previo el agotamiento de la vía extrajudicial

---

[348] FLAH y AGUILAR, "Determinantes para la asignación…", *op.cit.*.

[349] Se dijo que en estos casos de actuación abusiva de la mayoría, o de atentado contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, corresponde por excepción a los jueces modificar las cláusulas del reglamento "*como un medio para evitar que se desvirtúen las finalidades*" pues "*el derecho, como ciencia de lo bueno y de lo justo, se aparta del rigorismo de su aplicación como ley para las partes, y los jueces, que buscan el adecuado servicio de justicia están autorizados para proceder a su reforma*" (Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "Strapko, Andrés s/ Autorización Judicial", 23/11/1999, Base Juba, sumarios B1402954 y B1402952). Y que salvo la existencia de causales de invalidez de sus cláusulas, el reglamento sólo puede ser modificado por consentimiento de las partes y no por la voluntad judicial que no ha concurrido a la formación del vínculo creador de la obligación (RACCIATTI, *Propiedad por Pisos…, op.cit*, pp. 316 y 317).

asamblearia[350] e incluso antes del inicio del proceso el actor deberá transitar la etapa de la mediación obligatoria (en aquellos regímenes locales que así lo establezcan[351]), sea o no consumidor.

En estos casos, la intervención del juez requiere entonces de los interesados la demostración del fracaso en el intento de reformar el reglamento, pues en principio debe primar la voluntad de los consorcistas y sólo circunstancias excepcionales habilitan la instancia judicial[352]. Más aún, el control del fracaso de la sede extrajudicial corre por cuenta del juez, sin que requiera la impugnación de la asamblea[353].

---

[350] Se dijo que quienes pretendan modificar el reglamento deben intentarlo primero ante la asamblea, y solo si la decisión fuera arbitraria o injusta podrán recurrir al amparo judicial (BORDA, *Tratado de de derecho civil. Derechos Reales, op.cit.,* t.1, p. 624). Y que si las cláusulas resultan injustas para los integrantes del consorcio, la vía apta por la que debe canalizarse toda discrepancia entre copropietarios, o entre éstos y la administración, respecto del funcionamiento consorcial, es exclusivamente la asamblea y solamente en el caso que la minoría entendiera que la resolución adoptada por la mayoría asamblearia contradice al reglamento o a la ley cabría la posibilidad de recurrir a la instancia judicial (COLERIO, JUAN PEDRO, *"*Negativa a pagar expensas como manifestación de protesta (Necesidad de agotar previamente la vía consorcial antes de abrir la instancia judicial)*"*, La Ley 1995-C, 141). Desde el punto de vista jurisprudencial se resolvió que la vía idónea para corregir los abusos del reglamento "es la reforma promovida ante la asamblea de propietarios, pudiéndose recién luego recurrir a la intervención judicial para modificar este tipo de cláusulas" (Cámara Nacional Civil, Sala A, "Aiello, Marcelo Gustavo y otros c/ Las Marías S.C.A.", 22/12/2008, La Ley On Line AR/JUR/22204/2008) y que la reforma del reglamento "sólo puede ser establecida por decisión de los propietarios en una Asamblea General convocada a dichos efectos […] La intervención judicial para modificar el reglamento sólo es admisible cuando fuera requerida para la invalidación, por vía de nulidad o anulación, de decisiones asamblearias irregulares o violatorias de la ley, o para poner coto a cláusulas que avasallen el derecho de las minorías, la moralidad o las buenas costumbres. Pero la vía judicial no implica la existencia de un régimen directo de modificación" (Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, *"*De la Torre, Carlos c/ Consorcio de Propietarios Edificio Chiclana 681", cit.).

[351] En el ámbito nacional la ley 26.589 (sancionada el 15 de abril de 2010, promulgada el 3 de mayo de 2010 y publicada el 6 de mayo de 2010) y en suelo bonaerense la ley 13.951 (sancionada el 23 de diciembre de 2008, promulgada el 15 de enero de 2009 y publicada el 10 de febrero de 2009) establecen con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.

[352] Se dijo que sin perjuicio de que no es admisible la modificación del reglamento de copropiedad por vía jurisdiccional, "en circunstancias de excepción" puede declararse la nulidad de alguna cláusula cuando no exista otro medio para reparar una notoria injusticia, lo que supone haber agotado de todos los modos previstos en el propio reglamento para obtener dicha modificación (Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala VI, "Steiner, Miguel A. y otros c/ Consorcio Rivadavia 3990/4000", 24/08/1982, Repertorio La Ley XLIII, J-Z, nro. 1693, sum. 61, El Derecho 101-441).

[353] Se ha exigido para demostrar el fracaso de la asamblea extraordinaria y solicitar la modificación judicial del reglamento de copropiedad que debe acreditarse que todos los condóminos fueron convocado en legal forma, no siendo argumento válido para ello la alegación de que ningún consorcista haya invocado defecto en la citación (Cámara Nacional

Es cierto que será válida cualquier decisión de la asamblea adoptada por unanimidad que resuelva la modificación del reglamento, aunque establezca diferencias entre los propietarios, pues ninguno podrá invocar perjuicios y por lo tanto, tampoco podrá impugnar judicialmente el acuerdo[354]. Pero si la decisión asamblearia no hubiera sido unánime[355], quien no votó a favor de la postura mayoritaria y no cuenta con los antecedentes necesarios para anular la asamblea, tendría acción para atacar de nulidad y dejar sin efecto una cláusula por considerarla violatoria de la ley, sea por abusiva[356] o por cualquier otra causal[357]. El planteo cabría también en el marco de una asamblea judicial, si no hubieran convocado a la asamblea extrajudicial los órganos facultados al efecto (artículo 2063 del Código Civil y Comercial).

De acuerdo al ejemplo que brinda Mario J. Bendersky, ni el propietario único que proponga el reglamento ni los propietarios en asamblea podrían incluir en el reglamento una designación irrevocable del administrador[358] por ser contrario a la

---

Especial Civil y Comercial, Sala III, "Bartolucci, Antonio y otros c/ Ontiveros, Carlos y otros", 13/11/1981, Repertorio El Derecho 17-783).

[354] Se desprende de los artículos 386 y 387 del Código Civil y Comercial, que si el contenido del reglamento contraviene el orden público, la moral o las buenas costumbres, la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho no podría alegar la nulidad absoluta. Además, la posibilidad de anular por abusiva una o alguna de las cláusulas del reglamento, si se lo entiende como un contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas, sólo está establecida a favor de quien adhirió a su contenido sin haber participado en su redacción (artículo 988 del Código Civil y Comercial) circunstancia que no es compatible con la decisión adoptada en una asamblea unánime.

[355] Es lógico que también podría requerirse judicialmente la modificación del reglamento aun en los asuntos cuya decisión exige unanimidad cuando no fuera posible obtenerla en la asamblea, ya que la oposición del propietario perjudicado con la reforma bastaría para frenar el intento. Así se ha resuelto en un caso en que la negativa a la modificación provenía de quien se beneficiaba con el mantenimiento de la situación arbitraria (Cámara Nacional Civil, Sala F, "López de Lucini, María E. c/ Consorcio Guayaquil 200", cit.).

[356] Elena Highton afirma que el reglamento que no guarde el equilibrio, la proporcionalidad y la razonabilidad en el reparto de las cargas puede ser modificado por el juez y podrían servir de sustento a planteos de esta índole tanto la regulación de las cláusulas abusivas como la normativa sobre el abuso del derecho, (HIGHTON, *op. cit*., p. 209).

[357] Se resolvió que carece de valor la previsión de un reglamento que faculta a adoptar con el voto de la simple mayoría cualquier decisión que no requiera una superior, pues ésta no existe en el régimen de propiedad horizontal, sino que la mayoría más estrecha es la denominada absoluta que debe ser entendida como más de la mitad de los propietarios (Cámara Nacional Civil, Sala G, "Pesqueira, Liliana Cristina y otro c/ Consorcio Propietarios Avenida Directorio 1204 s/ Nulidad de Asamblea", 02/07/2012, La Ley 2013-A, 229, con nota de Diego Hernán Tachella "Nulidad de asamblea. Modificación de cláusulas del reglamento de copropiedad relativas al destino de las unidades").

[358] A los fines de evitar las designaciones de administradores impuestos por el titular del dominio de la propiedad a dividir horizontalmente, el artículo 7 del decreto 10712/54 —que

naturaleza del vínculo y por lo tanto al ordenamiento legal. Explica que siendo propio de una relación de mandato —como la que vincula al administrador con el consorcio— la posibilidad de revocarlo en cualquier momento (voluntad que no puede resistir el administrador por no configurarse una situación de irrevocabilidad legal), debe admitirse la reforma de tal cláusula "no en cuanto a la facultad de la mayoría que compone el ente, sino como acto de sanear un instrumento (el reglamento) que contiene una disposición anulable por irrelevante, frente a las disposiciones contrarias e inderogables de la ley". En consecuencia, concluye el autor, la reforma no sólo procedería por decisión de la mayoría asamblearia sino también por decisión judicial, a requerimiento de cualquier propietario que haya agotado las vías consorciales[359]. Agregamos como ejemplos de cláusulas que admiten la reforma judicial directa, la que alterase la naturaleza de las cosas enumeradas en el artículo 2041 del Código Civil y Comercial como necesariamente comunes o la que niegue el derecho de impugnar judicialmente las decisiones asamblearias irregulares.

En resumen, cuando se abre la posibilidad de acceder a la justicia para obtener la alteración del reglamento, el juez no está habilitado a reformarlo en forma directa sino que sólo puede declarar la nulidad de las cláusulas atacadas e integrar el contrato por su contrariedad con las leyes[360], sea si alguna de las estipulaciones puede ser calificada como abusiva o directamente como ilícita (por ejemplo, supresión de bienes comunes indispensables o de derechos individuales sobre sectores privativos, renuncia al régimen asambleario etc.).

Durante la vigencia de la ley 13.512 y del Código Civil, Nelson G.A. Cossari adhería a la posibilidad de integrar el reglamento por parte del juez que acogía el reclamo de nulidad parcial "dado que es lógico que el juez supla, cuando ello es preciso, el vacío dejado por la cláusula declarada nula con una que recupere o

---

perdió vigencia en la fecha de su vencimiento, el 30 de junio de 1959, por no haberse renovado la regulación represiva del agio— permitía la posibilidad de modificar el reglamento "en cualquier momento" por el consorcio de propietarios y "cualquiera fuera el plazo estipulado y aunque se hubiera establecido la cláusula de irrevocabilidad".

[359] BENDERSKY, MARIO J., "El reglamento de copropiedad redactado por el ´propietario-vendedor´", *op. cit.*.

[360] Eduardo J. Laje afirma al respecto que: "Los jueces no se pueden considerar habilitados para reformar el reglamento, porque éste, como contrato, sólo reconoce como fuente generatriz y modificatoria la voluntad de los otorgantes. La única atribución judicial en la materia consiste en invalidar, por vía de nulidad o anulabilidad, absoluta o relativa, las disposiciones que lo justifiquen" (LAJE, EDUARDO J., "Modificación del reglamento de copropiedad horizontal (¿Unanimidad o mayoría? ¿Procede por decisión judicial?)", *op. cit.*).

mantenga el equilibrio entre las múltiples partes ligadas por el reglamento"[361], y agregaba que el criterio era sostenido por la doctrina en forma mayoritaria[362]. Por su parte, si bien no hablaba expresamente de integración, Guillermo Borda distinguía si la cláusula se impugna por nulidad, en cuyo caso el juez sólo puede declarar su invalidez, o si bien si se recurre por vía de arbitrariedad, y es entonces cuando "puede y debe reformarla"[363].

A partir del dictado del Código Civil y Comercial, no quedan dudas en cuanto a la potestad del juez que declara la nulidad parcial del contrato, de integrarlo en forma simultánea "en caso de ser necesario" (artículo 389, propio de las ineficacias del acto jurídico) o "si no puede subsistir sin comprometer su finalidad" (artículo 989, aplicable a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas). Este mecanismo de la integración puede resultar muy útil en la faz práctica porque la sola nulidad implicaría dejar vacante la solución reglamentaria

---

[361] COSSARI, NELSON G.A., "Nulidad parcial del reglamento de copropiedad y administración en cuanto impone a una unidad funcional un destino impracticable", *op. cit.*. A propósito de la resolución que comenta, observa el autor que si en el caso —en el que se decretó la nulidad de la cláusula en cuanto al destino asignado y se le impuso el de vivienda— solamente se nulificara el destino de la unidad previsto en el reglamento, sin suplirlo con el acorde a la naturaleza del inmueble, el nulidicente podría afectar su unidad a cualquier destino, adquiriendo una amplitud de derechos no querida.

[362] A modo de ejemplos, cita a GABÁS, ALBERTO, *Manual Teórico Práctico de Propiedad Horizontal*, 2da. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 305; y HIGHTON, *op. cit.*, p. 208. Agregamos a Hernán Racciatti para quien, ante la declaración de invalidez de las disposiciones imprescindibles para el funcionamiento del sistema, los jueces deben integrar las reglas del reglamento, con preceptos supletorios de las voluntades particulares hasta que los propietarios sancionen las que las deben reemplazar, por tratarse de aquellas que deben figurar necesariamente; esta circunstancia, a su juicio, implica una modificación del reglamento "no porque los magistrados judiciales estén facultados para suplir con sus voluntades individuales el consentimiento de las partes, sino porque la recta interpretación que realicen de las normas del reglamento…implicaría la aplicación subsidiaria de las normas de la ley a la situación vacante de regulación" (RACCIATTI, HERNÁN, *Propiedad por Pisos…, op. cit.*, pp. 164 y 165). En contra citamos la opinión de Marina Mariani de Vidal quien sostenía que aunque la intervención judicial sólo procedía ante cláusulas nulas por ser contrarias a la ley, moral, o buenas costumbres, frente a la nulidad no podían sustituirse por otras por estar esta facultad reservada a la voluntad de los propietarios (MARIANI DE VIDAL, *Derechos Reales*, *op. cit.*, p. 272).

[363] El autor daba como ejemplo el reglamento que contiene una cláusula que establece la proporción para afrontar las expensas por parte de los propietarios, pero sin establecer excepciones; si triunfa el cuestionamiento, la cláusula no es nula, sino que el Tribunal mantiene la regla pero introduciendo como excepciones que no se paguen (o se paguen menos) ciertos servicios no recibidos. Y concluye que "eso es reforma, no nulidad" (BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de de derecho civil. Derechos reales, op.cit.,* t.1, pp. 623 y 624, nota 899). La visión opuesta se desprende del fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Porcel, Margarita c. Fernández, Juan Carlos y otros", 13/11/2003, La Ley 2004-C, 754, La Ley Online AR/JUR/5092/2003) en el que una propietaria solicitó la nulidad de un artículo del reglamento que limitaba el destino de su unidad funcional a un fin impracticable pues era prohibido por disposiciones administrativas y las reformas edilicias resultaban imposibles. La Cámara decretó la nulidad parcial de la cláusula y estableció como destino el solicitado por la actora a quien no podía condenarse a mantener la titularidad de una unidad inutilizable.

impugnada hasta que se adopte por asamblea la decisión válida para completar el instrumento.

Por último, si no existen causales que den lugar a solicitar la nulidad de alguna de las cláusulas del reglamento, también se podría requerir la interpretación judicial de los alcances de su texto.

IX.2.1 Legitimación activa

El control judicial del contenido contractual forma parte de un momento posterior a aquel en el que el reglamento es aceptado por el adquirente en forma libre pues recién tiempo después de adherirse repara en que el resultado de la regulación es inequitativo y opta por la vía judicial.

Cuando el reglamento es otorgado por el dueño (o los dueños) del terreno que edifica y somete la construcción al régimen de propiedad horizontal, no hay dudas en cuanto a que, cualquiera sea la idea a la que intérprete adscriba en cuanto a la naturaleza jurídica del reglamento, es obligatorio para los integrantes originarios del consorcio e incluso para los posteriores adquirentes de unidades que no participaron en su redacción.

Todos ellos pueden cuestionar el contrato por adhesión que forma parte de su título si de su texto surgen cláusulas abusivas[364] (o que por cualquier otra causa sean contrarias a las leyes), persiguiendo su nulidad a través de una acción judicial. No puede admitirse que los propietarios queden indefinidamente presos de estas cláusulas, sea que hayan sido establecidas en el texto original o si la incorporación ha

[364] Señala Claudio Kiper que desde hace mucho tiempo se habían detectado situaciones de abuso en los reglamentos que si podían ser atacadas antes de la sanción de la LDC, con más razón pueden ser atacadas con posterioridad (KIPER, CLAUDIO, "La adquisición de inmuebles y la aplicación de la ley de defensa del consumidor" en *Revista Notarial* nro. 961, La Plata, 2009, p. 52). Asimismo, para Juan A. Costantino la primera manifestación de las cláusulas abusivas han sido los reglamentos de propiedad horizontal, usualmente redactados por el propietario único del edificio o, de consuno con éste, por las empresas vinculadas a su construcción o promoción de la venta de sus unidades (COSTANTINO, *Propiedad Horizontal*, *op. cit*., p. 114). A modo de ejemplos de las cláusulas más usuales en los reglamentos que encuadran en las situaciones de abuso descriptas en la ley como estándares o expresamente tipificadas como abusivas, se encuentran las que prohíben remover al administrador originario, las que deciden los porcentajes de contribución al pago de expensas sin sujetarse a ningún parámetro para la determinación, y las que reservan derechos a favor de quien decide someter el edificio al régimen horizontal (de conservar lugares para explotar en su beneficio con anuncios en los muros o instalación de antenas, de gravar el inmueble general con servidumbre de vista a favor de futuros edificios vecinos, de acceder en forma exclusiva a sectores comunes como terrazas o pasillos, o de edificar nuevas plantas, todo esto aún cuando no haya conservado ninguna unidad funcional, y de no abonar o abonar en menor medida de lo que le corresponda según el criterio general, las expensas comunes que devengue su unidad).

sido decidida por la asamblea. Esto explica que la demanda mediante la que se pretenda anular las cláusulas de un reglamento de propiedad horizontal va a ser iniciada por uno o más propietarios por su propio derecho en su carácter de perjudicados.

Por más que el propietario haya adquirido su unidad en el marco de una relación de consumo inmobiliario y que por lo tanto (tal como se explicó) la cláusula abusiva del reglamento que se integra a su título es pasible de ser atacada por nulidad absoluta, no pueden ejercer la legitimación para demandar los demás sujetos indicados en el artículo 387 del Código Civil y Comercial (el juez, el Ministerio Público o "cualquier interesado") pues la demanda no se entablará contra el transmitente de la unidad con quien se había trabado la relación de consumo sino contra el resto de los propietarios, que no integran ese vínculo.

IX.2.2 Legitimación pasiva

En los casos en que se admita la procedencia de la reforma del reglamento previa declaración de nulidad de sus cláusulas por la vía judicial, la ley no brinda un carril específico al adquirente de la unidad funcional. Si fuera consumidor incluso le resultaría inútil aplicar las leyes específicas a su vínculo (más que para valerse de las ventajas adjetivas), ni puede permitirse un embate personal contra su enajenante persiguiendo la reforma del reglamento. Por el contrario, son tantas las dificultades que deberá sortear hasta llegar a la sentencia que puede adelantarse que el camino legal no otorga ninguna respuesta satisfactoria.

Cuando se recurre a la acción judicial para obtener la nulidad de una o más cláusulas del reglamento, no caben dudas en cuanto a la falta de legitimación[365] pasiva de la persona jurídica *consorcio de propiedad horizontal*, pues si lo que se persigue es una modificación del estatuto consorcial, entran en juego los derechos de los restantes propietarios[366]. Ante la naturaleza contractual del reglamento, la

---

[365] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la falta de legitimación se configura cuando una de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento y puede ser resuelta de oficio por el juez, en tanto se trata de una de las condiciones de admisibilidad de la acción y presupuesto de una sentencia útil ("Defranco Fantín, Reynaldo Luis c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y otros", 07/04/2009, Fallos: 332:752; diario La Ley del 4 de mayo de 2009).

[366] En protección del abuso en que podría incurrir la mayoría absoluta que autorice a los propietarios o al consorcio a realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes (a pesar de la amplia representatividad que implica el modo de computar tal mayoría), el Código Civil y Comercial admite que "quien solicita la autorización si le es denegada, o la minoría

pretensión de modificar los compromisos asumidos en su texto por los redactores o por los posteriores adherentes, tendrá necesariamente que ser dirigida contra cada uno de ellos aunque ninguno lo haya redactado[367], sin que esto implique negar la personalidad del consorcio[368].

Afirma Lilian N. Gurfinkel de Wendy que si el litigio versa sobre la reforma, inoponibilidad o nulidad del reglamento, "tanto el Consorcio como su Administrador carecen de personería para actuar en juicio, habida cuenta que se debate una cuestión que claramente excede el marco de sus funciones"[369]. En el mismo sentido advierte Cecilia A. Villanustre que cuando la reforma reglamentaria se plantea como

---

afectada en su interés particular que se opone a la autorización si se concede", están habilitados para formular su reclamo por vía judicial persiguiendo dejar sin efecto la decisión de la asamblea (artículo 2051). En este caso, en cuanto a la legitimación pasiva, el único demandado será el consorcio, pues la decisión no implica la reforma reglamentaria y sólo al ente colectivo cabe imputarle la voluntad de aprobar la mejora u obra nueva por medio de la decisión de la mayoría de los propietarios.

[367] Desde que la LDC incorpora dentro de su protección a los negocios inmobiliarios, se había advertido la posibilidad de aplicar los daños punitivos en el marco de un fideicomiso de construcción, contra el fiduciario responsable de un daño con el que obtuvo un lucro, si actuó con grave indiferencia frente al adquirente. De este modo, la ley podía ponerle coto a los "abusos que puedan llevar adelante aquellos que se posicionan por su especialidad técnica y económica en la parte fuerte del contrato, frente a la debilidad que pueden ostentar aquellos pequeños inversores o familias que pretendan adquirir su vivienda mediante esta modalidad" (CHIALVO, TOMÁS PEDRO, "Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo", Id Infojus: DACF110045). Sin embargo, cuando el adquirente es un consumidor y aunque se reúnan los recaudos legales que establece el artículo 52 bis de la LDC, la solución de demandar a todos los propietarios que integran el consorcio excluye la referida posibilidad de acudir a los daños punitivos como instrumento disuasorio contra los constructores quienes, luego de dejar propuesto el reglamento con cláusulas abusivas, transmitieron todas las unidades a los propietarios que no revisten el carácter de proveedores.

[368] Explica Beatriz Arean que si bien en algunos casos se ha aceptado al consorcio como legitimado pasivo en la acción tendiente a modificar el reglamento, la solución es práctica pero no correcta porque es indudable que, desde el punto de vista procesal, resulta mucho más simple actuar frente a un demandado único, mas ello importa atribuir al consorcio facultades que le son absolutamente ajenas, incurriendo en una evidente violación del derecho a la defensa en juicio que compete a cada uno de los titulares de la propiedad horizontal. Y concluye afirmando que "Lo dicho no implica desconocer la personalidad del Consorcio de Copropietarios, sino considerar que ésta existe dentro de la especialidad que hace a su objeto y fines" (AREAN, BEATRIZ, "Propiedad Horizontal. Contribución al pago de las expensas comunes: pretensión de exención por parte de determinadas unidades", en AA.VV., *Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 3 – Contratos Modernos,* ALEGRÍA, Héctor y MOSSET ITURRASPE, Jorge, (directores), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 370).

[369] GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., *La Propiedad Horizontal*, *op. cit*., p. 261, quien cita el voto de Aída Kemelmajer de Carlucci en Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, "Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c/ Consorcio de Propietarios Rivadavia 38-42-46",18/12/1991, Doctrina Judicial 1992-2, 565, La Ley Online AR/JUR/251/1991, y en el mismo sentido se pronunció la Cámara Nacional Civil, Sala C, "Alberti, Rosemary c/ Consorcio Pedernera", 12/03/2004, Doctrina Judicial 2004-3, 655, AR/JUR/2474/2004.

objeto de una demanda judicial, ésta suele interponerse contra el consorcio sin que nadie cuestione la procedencia de la demanda así instaurada, y la jurisprudencia las admite; sin embargo, el objeto de esa demanda trasciende la personalidad del consorcio "y se traslada al campo de los derechos patrimoniales de todos y cada uno de los copropietarios interesados personalmente en los efectos de la posible modificación del reglamento sobre sus derechos patrimoniales", razón por la que se impone la necesidad de dar amplia participación a todos los propietarios que puedan guardar un interés en intervenir por sí mismos en el proceso[370].

Es decir que por constituir un litisconsorcio pasivo necesario, la sentencia no sería útil si no se dicta en relación a todos los propietarios, razón por la que, aún sin pedido de parte, el juez debe ordenar su citación para que la traba de la litis se produzca con todos ellos.

Podrá resultar más práctica la solución contraria que permita demandar al consorcio para que intervenga a través del administrador (salvo si el complejo se compone de pocas unidades y por lo tanto no es trabajosa la notificación), pero afectándose los derechos de los propietarios, su reemplazo por el consorcio en el rol de legitimado pasivo implicaría la violación del derecho de defensa en juicio de aquellos. Y así como no tiene legitimación el administrador para instar la reforma, pues sólo representa al ente y no a los propietarios agraviados por el texto del reglamento en forma individual[371], por la misma razón tampoco cuenta con facultades para representar a los propietarios cuando son cuestionados sus derechos ni para obligarlos más allá del pago de las expensas comunes.

Además, si se admitiera la legitimación pasiva del consorcio en cabeza del administrador, que no representa a los propietarios y que se opone al reclamo, no

---

[370] VILLANUSTRE, CECILIA A., "Modificación por vía judicial…", op. cit. En el mismo sentido, afirma Elena Highton que en este juicio, al que califica como "contencioso de conocimiento", deben participar —sea activa o pasivamente— todos los copropietarios, dado que se trata de reformas al contrato plurilateral y están en juego los derechos individuales de cada uno de ellos; agrega la autora que "existe un litisconsorcio necesario en que la sentencia no puede pronunciarse útilmente más que con relación a todos los consorcistas, quienes no pueden ser suplidos con la participación del administrador, que no puede obligar a los comuneros más allá que en la materia específica que le está encomendada. En su caso, el juez —de oficio o a pedido de parte— deberá mandar integrar debidamente la litis. Ello conlleva la inoficiosidad de hacer preceder este juicio por una asamblea judicial, pues la misma desembocaría en una vía muerta: el juez no podría resolver nada." (HIGHTON, op. cit., p. 210). Esta última opinión es reseñada por COSSARI, NELSON G.A., comentario al artículo 2057 del Código Civil y Comercial, en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini (director general), Ignacio E. Alterini (coordinador), Nelson G.A. Cossari (director del tomo), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t. 9, p. 927.

[371] De acuerdo al artículo 2065 del Código Civil y Comercial, el administrador es "*representante legal del consorcio*".

habría solución al problema que podría aparecer si alguno de los adquirentes de las unidades que componen el complejo edilicio (consumidores o no) está de acuerdo con la tacha de nulidad de las cláusulas del reglamento que el reclamante persigue dejar sin efecto por considerarlas abusivas[372]. Es obvio que si el abuso afecta sólo al nulidicente, nadie más podría interesarse en participar del proceso como actor, pero a veces la nulidad que persiga uno o más propietarios afecta a los otros que también adhirieron al reglamento[373] (si es que no existen sólo dos propietarios y quien demanda se arrogó la facultad abusiva). El mismo problema se plantearía si el consorcio se allana al reclamo del actor, pues otros propietarios podrían considerar que la cláusula atacada no es abusiva.

Y así como no podría serles oponible la sentencia que declare la ineficacia de una o más cláusulas del reglamento a quienes no participaron del proceso[374], también

---

[372] Cabe dejar en claro que en una relación inmobiliaria predispuesta o de consumo en el ámbito de la propiedad horizontal, no sólo el reglamento es susceptible de ser atacado por abuso a partir de sus cláusulas sino también las escrituras, los boletos de compraventa (hoy de aparente naturaleza contractual, a partir de la redacción de los artículos 1170 y 1171 del Código Civil y Comercial) y los instrumentos precontractuales, tales como las reservas o las señas. En estos casos, la legitimación pasiva no ofrecerá dificultades y recaerá exclusivamente en el transmitente.

[373] La posibilidad de aplicar la Ley de Defensa del Consumidor al negocio fiduciario ha hecho explicar a Carlos A. Molina Sandoval que "la situación se agrava respecto a las cláusulas abusivas si se tiene en cuenta que, a diferencia de otros contratos celebrados con consumidores, en el fideicomiso de construcción no siempre es el único consumidor el que lo celebra sino que pueden ser varios los que adquieran unidades funcionales. Además, no siempre el adjudicatario de una unidad es consumidor, sino que puede —en algunos casos— ser un inversor o especulador que procura obtener una renta por el dinero que aporta." MOLINA SANDOVAL, "La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario", *op. cit.*). Es así que en el fideicomiso de construcción de un edificio sometido al régimen horizontal, cualquiera sea el esquema que se utilice, no siempre son consumidores los adjudicatarios de unidades funcionales destinadas a vivienda que aportaron una suma de dinero sea adquiriendo al fiduciario o incorporándose como fiduciante beneficiario (puede no ser consumidor en el caso de una persona que invierte para procurarse una ganancia respecto del dinero que aportó, adquiriendo la unidad con fines de renta). Pero además, en cualquier caso, no todos ellos pueden considerar abusivas algunas cláusulas del contrato de fideicomiso o del reglamento. Por tales razones, de no admitirse la legitimación pasiva de todos las partes del contrato plurilateral a la hora de reclamar la ineficacia de las cláusulas abusivas, la aplicación de la normativa específica del consumidor agregaría nuevos problemas a los que hemos planteado en este trabajo respecto de la propiedad horizontal.

[374] Aunque el tema no revista interés para este trabajo por su naturaleza estrictamente procesal, la controversia sobre la expansión de los efectos de un acto procesal también se ha planteado cuando uno de los actores recurre la sentencia adversa y el otro no. Sugerimos la lectura de los argumentos a favor y en contra en HITTERS, JUAN MANUEL, "El efecto extensivo de los recursos", diario La Ley del 25 de agosto de 2011.

es impensable que los efectos de la sentencia se apliquen sólo a los actores y por lo tanto que las cláusulas abusivas mantengan su validez para quienes no intervinieron.

En consecuencia, quien pretenda la reforma del estatuto por la vía judicial, deberá tramitar un juicio de conocimiento con citación de cada uno de los restantes propietarios mediante cédula dirigida a su domicilio (real en caso de persona física o legal en caso de persona jurídica) para asegurar que la sentencia les sea oponible y que adquiera fuerza de cosa juzgada material. Y estos tendrán la carga de presentarse en el expediente con patrocinios o representaciones letradas individuales, y con la posibilidad de ejercer su defensa en juicio a través de todos los mecanismos procesales. De ello se deriva su facultad de ofrecer medidas de prueba, oponerse o adherir a otras, alegar o recurrir, entre otras.

No requiere entonces un gran esfuerzo entender las dudas del propietario al momento de decidirse por iniciar el camino de la impugnación judicial de una cláusula abusiva del reglamento integrado a su título, haya adquirido su unidad en el marco de una relación de consumo o no.

Y luego de analizar las distintas propuestas del derecho comparado, principalmente de las legislaciones de aquellos países cuyas normas que regulan la propiedad horizontal sirvieron de antecedente a la sanción de las propias —como Uruguay o Chile—, no hemos encontrado aportes que permitan brindar alguna solución en lo que se refiere a este particular aspecto de la indefensión del adquirente de unidades funcionales en propiedad horizontal.

IX.3 La regulación de las acciones colectivas en el régimen de protección del consumidor

IX.3.1 El amparo de los derechos colectivos a través de la evolución legislativa

Desde el punto de vista jurídico se intenta justificar la protección al consumidor a partir de un desequilibrio que el legislador asume en la relación de aquel con el proveedor profesional de bienes y servicios. Si una natural condición de inferioridad del consumidor lo convierte en un sujeto vulnerable en el mercado (es decir en la parte más débil del vínculo), y si se pretende como objetivo el restablecimiento del equilibrio entre las partes, el dictado de una ley de defensa del consumidor debería ser la medida más conducente a tal efecto.

Pamela C. Tolosa y Hugo Acciarri afirman que, aunque se coincida en la existencia del desequilibrio, pueden distinguirse diferentes tipos de disparidades, ya que no existe una única posibilidad de interpretar la relación de consumo en el plano jurídico. Explican que es común que los proveedores posean más recursos económicos que un consumidor individual, o que aquellos cuenten con más poder de negociación, no sólo por la diferencia de riqueza sino también por la posibilidad de ser proveedores monopólicos de un bien o servicio o, aunque no lo sean, podrían tomar ventaja si contaran con información diferencial y esto les permitiera sacar ventajas a partir de un actuar engañoso respecto a los consumidores. Y concluyen que "*quizás no todos esos géneros de problemas puedan solucionarse por los mismos mecanismos, ni justifiquen el mismo tratamiento jurídico*"[375].

Si los supuestos referidos de desequilibrio sólo revisten el carácter de comunes o usuales, va de suyo que no siempre la relación entre proveedores y consumidores refleja un desequilibrio (al menos en términos de debilidad económica), como también es cierto que hay supuestos en los que la disparidad es patente y sin embargo la legislación especial los ha excluido de su ámbito de protección (por ejemplo, el vínculo entre un consumidor y un profesional liberal).

Es más, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.361 modificatoria de la LDC y su expreso reconocimiento de la protección de la persona jurídica como consumidora, se presume con una gran dosis de certeza que no siempre se persigue la protección del débil o vulnerable en el plano económico.

Tales reservas han llevado a decir a Javier H. Wajntraub que la noción de consumidor no viene dada por la situación de debilidad sino por su encuadre dentro de la categoría definida por la ley, y que por eso la desigualdad "puede ser un elemento para inclinarse por la aplicación del estatuto en los casos poco claros, reforzado por el principio de interpretación más favorable"; en situaciones en las que la calidad de consumidor no es evidente, la complicación se resuelve, a partir de la ley 26.361, por

[375] ACCIARRI, HUGO H. y TOLOSA, PAMELA, "La ley de defensa del consumidor y el análisis económico del derecho", en Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra (directores), *La Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. 2, pp. 1-65.

la regla de la distribución dinámica de las cargas probatorias, en la medida en que quien tiene los datos puede probarlos[376].

En los propios fundamentos al artículo 42 CN[377] se reconoce la debilidad intrínseca del consumidor frente al proveedor e incluso en las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en San Miguel de Tucumán en el año 2011 se dijo que "la categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio".

Una persona puede cumplir con los recaudos para ser considerada consumidor de acuerdo a la definición legal y sin embargo no merecer la protección del régimen ante un reclamo (por ejemplo por no haber integrado una relación de consumo). Y quien no formó parte de la relación de consumo, bien podría invocar la protección del régimen tuitivo, tal el caso del consumidor equiparado, que explicita el artículo 1 de la LDC (texto según ley 26.994).

Esto es porque resultan sujetos de la protección especial aquellos que encuadren dentro de los parámetros de la ley, con independencia de una supuesta genérica debilidad, sino en todo caso a partir de una vulnerabilidad específica que se

---

[376] WAJNTRAUB, Javier H., "Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", Jurisprudencia Argentina 2008-II-1286 - SJA 28/5/2008, Lexis Nº 0003/013849.

[377] En el informe al pleno de los fundamentos de la cláusula constitucional, el día 16 de agosto de 1994, el convencional constituyente Dr. Roberto Irigoyen, en nombre de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, comparó el Derecho del Trabajo con el Derecho del Consumidor, para concluir que este último encuentra en aquel sus fundamentos. Dijo que "En su larga evolución el derecho reconoció en su momento la debilidad intrínseca del trabajador en lo que hace a su relación laboral. De allí surgió un derecho tuitivo de las relaciones del trabajo que ha sido reconocido y que hoy tiene una consagración expresa. De la misma manera, el derecho, en su permanente evolución, reconoce la debilidad intrínseca del consumidor frente al proveedor. Podríamos decir que el derecho en su avance deja de ser garantía de la igualdad formal en las relaciones jurídicas. En definitiva, busca la igualdad sustancial, y para que ésta se opere precisa elevar al consumidor al nivel del proveedor." (IRIGOYEN, ROBERTO, "Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor", La Ley 1994-E, 1020).

resume en su falta de control del mercado de producción de los bienes y servicios en el caso concreto.

No es entonces la debilidad del consumidor el factor excluyente que determina la protección especial, sino que los objetivos de un plexo legal de defensa del consumidor serán regular el mercado corrigiendo la injusticia o el desequilibrio entre consumidores y proveedores provocados por la asimetría en la información, evitar este fenómeno que lleva al consumidor a desconfiar de la relación precio–calidad ofreciendo cada vez un menor valor y exigir reglas de cumplimiento estricto dirigidas a los dueños de los bienes de consumo o producción.

Se intenta cumplir con estos objetivos a través de distintas medidas, tales como la educación al consumidor, la imposición de contenidos contractuales (por ejemplo, en la exigencia de la descripción clara de los bienes, de las modalidades del pago o de la competencia o la sanción a las cláusulas abusivas), la protección legal en la etapa de cumplimiento precontractual (publicidad), contractual (garantías, resarcimientos, daños punitivos) y post contractual, como así también al momento de ejercer la tutela judicial (legitimación amplia, procedimiento ágil, etc.). En la búsqueda de una igualdad sustancial o de fondo, estas medidas legales persiguen equiparar al consumidor a la categoría de proveedor, aunque no siempre lo logren.

Si bien el derecho del consumidor busca ser una solución normativa a un desequilibrio entre proveedores y consumidores por tratarse de un vínculo que hemos identificado como desigual, estas relaciones jurídicas de consumo mantienen la asimetría en el plano procesal cuando no existen herramientas jurisdiccionales claras que posibiliten que la protección sea completa. Por ejemplo, de nada sirve conceder un derecho en la ley de fondo si la insignificancia de su cuantía convierte en inconveniente su reclamo. La respuesta viene dada por los procesos que resguarden derechos colectivos, aunque aún no haya conciencia de ello ni preparación para este tipo de reclamos.

a) El texto originario del artículo 54 de la LDC[378] contemplaba el efecto expansivo de la cosa juzgada[379] cuando la demanda era admitida, si ésta era

---

[378] Artículo 54 LDC (texto original) Efectos de la Sentencia. La sentencia dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general. Cuando la sentencia acogiere la pretensión, la apelación será concedida al solo efecto devolutivo.

promovida por una asociación de consumidores constituida como persona jurídica, por la autoridad de aplicación nacional o local, o por el ministerio público y si la cuestión a debatir afectaba el interés general. Dicho artículo mereció el veto por parte del decreto 2089/93 con base en que la figura implicaba violentar las garantías constitucionales de defensa en juicio, de debido proceso y de igualdad ante la ley, como así también porque impedía el logro de la seguridad jurídica a favor de los demandados y podía generar una indebida proliferación de causas judiciales. El veto impidió sostener con argumentos legales la extensión de la cosa juzgada del fallo que haga lugar a reclamos patrimoniales de los consumidores hacia todo aquel que se encuentre en las mismas condiciones respecto del directamente involucrado en la resolución.

b) El reconocimiento constitucional de los derechos colectivos en el año 1994 comenzó a evidenciarse desde entonces con la recepción jurisprudencial del llamado efecto expansivo de la cosa juzgada mediante la legitimación tanto de particulares como de asociaciones de consumidores que no contaban con mandato de los consumidores, para iniciar acciones judiciales en los que la sentencia producía efectos que excedían el alcance de las partes del proceso[380].

c) A partir de la reforma introducida por la ley 26.361 del año 2008, la LDC reintegró a su texto por medio del artículo 54[381] algunas pautas procesales para

---

[379] La cosa juzgada es la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla y el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que queda incorporado al patrimonio del interesado, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que consagra la inviolabilidad de la propiedad (PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18va. edición, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot, 2004, pp 533-534).

[380] Ente otros, Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala II, "Municipalidad de Tandil c/ TA La Estrella S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", 22/10/1996, El Derecho 171-378; Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, "Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A. s/Responsabilidad por daños", 16/03/2000, La Ley 2000-C-399; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, "De Blasi de Musmeci, Claudia c/ Sevel Argentina S.A. y otros", 05/10/2001, Jurisprudencia Argentina 2002-II-346; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Buenos Aires", 04/10/2005, Id. SAIJ: FA05983302.

[381] Artículo 54 LDC (texto según ley 26.361): Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica

regular las "*acciones de incidencia colectiva*" a través de las cuales se protegen todos los derechos de un grupo, sean o no de contenido patrimonial. Con esta norma se extienden los resultados del proceso a todos los consumidores que se encuentren en similares condiciones (aun a quienes no participaron) cuando se haga lugar al reclamo en el marco de una acción colectiva[382], salvo a los que hubieren expresado su voluntad de quedar fuera de los resultados del proceso, antes del dictado de la sentencia. Pero no explicita cuáles son los efectos de la sentencia que no haga lugar a la pretensión, silencio que ha dado lugar a interpretaciones divergentes[383].

d) Con el posterior dictado del fallo "Halabi"[384] en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha terminado de explicitar en el derecho nacional la promoción de esta categoría de acciones.

---

o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

[382] La misma tesitura sigue el artículo 28 de la ley bonaerense 13.133 o Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, también había sido acogida por el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado del año 2012 (artículo 1748, luego observado por el Poder Ejecutivo) y es la solución del artículo 103 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño. El otro sistema, en el que el proceso colectivo extiende los efectos de la sentencia sin importar que se admita o se rechace la demanda, surge, por ejemplo, del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, según el cual la cosa juzgada "afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes…".

[383] Entre quienes consideran que en ningún caso se extienden los efectos de la sentencia del proceso colectivo que no haga lugar a la acción sin importar el fundamento del rechazo citamos a LORENZETTI, RICARDO, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, pp 282-283, a CARRANZA TORRES y ROSSI *Derecho del consumidor. Derechos y Acciones de resguardo…*, *op.cit*, p. 377 y AZAR, MARÍA JOSÉ, "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión", *Revista de Derecho Privado*, Infojus, octubre 2012, año 1, nro. 2, p. 248; también fue la solución explícitamente acogida en el artículo 1748 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (luego suprimido en la versión definitiva). Por el contrario, otros autores consideran que la sentencia que rechaza la demanda tiene los mismos efectos que en caso de ser admitida, ya que no se concibe una sentencia judicial sin cosa juzgada (VERBIC, FRANCISCO, "La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2009-I, p. 171; ROSALES CUELLO, RAMIRO, "Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor", diario La Ley del 23 de marzo de 2009) o bien por ser la interpretación más razonable atento la explícita concesión a los consumidores del derecho de manifestar su voluntad en contrario de lo resuelto en la sentencia (GIANNINI, LEANDRO J., "Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)", SJA 2/11/2011, Lexis 0003/015637).

[384] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N.- ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009, Fallos: 332:111, La Ley, 2009-B, 157. Dijo la

Surge como doctrina del fallo la división de los derechos en tres categorías: subjetivos o individuales (sean patrimoniales o extrapatrimoniales), de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes o intereses colectivos (también llamados derechos difusos)[385] y los de incidencia colectiva vinculados a intereses individuales homogéneos, que surgen del artículo 43 de la Constitución Nacional[386]. Estos últimos pueden subdividirse en aquellos en los que no hay un fuerte interés estatal en ser protegidos y en los que sí lo hay, entre los cuales encontramos a los derechos de los usuarios y consumidores.

Los derechos subjetivos o individuales son ejercidos sólo por su titular, se debaten en un proceso bilateral (aún cuando intervenga más de una persona como actora o demandada), la obligación en disputa es única y se dicta una sentencia con valor de cosa juzgada para las partes[387]; mientras que las otras categorías y subcategorías de derechos se garantizan a través de acciones colectivas[388].

Corte que "Frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase —en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos— el artículo 41 de la Constitución Nacional es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia.".Del fallo surge la extensión de los efectos de la sentencia, pero no se aclara si tal extensión comprende tanto a las sentencias que rechacen la acción como a las que la admitan, o sólo a estas últimas.

[385] En estos derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos el bien a preservar es colectivo (pertenece a toda la comunidad y es indivisible) y la pretensión se centra en la incidencia colectiva del derecho. Son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, por las asociaciones que concentran el interés colectivo y por el afectado. Un ejemplo es el derecho a la preservación del ambiente.

[386] En estos no está en juego un bien colectivo y son los que verifican: a) una base fáctica común, proveniente de un hecho único o complejo que afecte a una pluralidad de derechos individuales; b) una pretensión procesal en la que lo predominante sean los efectos comunes u homogéneos (no los individuales) del grupo o categoría; c) la dificultad en el acceso masivo a la justicia (GALDÓS, JORGE MARIO, "Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi)", RCyS2010-IV, 71). En el fallo "Halabi", la Corte Nacional definió a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos como aquellos en los que "existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño".

[387] Pueden ser ejercidos por la vía del amparo regulado en el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, como acción destinada a proteger estos derechos divisibles no homogéneos, por haber sufrido el afectado un daño individual.

[388] Si bien la cuestión es ajena a este trabajo, debe quedar en claro que el amparo no es la única vía de protección de los derechos de incidencia colectiva pues aunque su defensa fue incorporada a la Constitución cuando regula la acción de amparo (artículo 43, 2da parte), no habría razones para privarlos de protección si no se reúnen los presupuestos de esta vía procesal. La idea de extender la protección se sustenta en el fallo de la Corte Suprema de

Y luego de afirmar que no existe en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de estas acciones en lo que hace a cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercerlas, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a entes públicos o asociaciones, el trámite de los procesos, los efectos expansivos de la sentencia y el modo de hacerla efectiva, el propio tribunal concluye que ello "no es óbice para que los jueces otorguen operatividad a las cláusulas constitucionales" (en el caso se refiere al artículo 43 de la Constitución Nacional) pues éstas "protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías" (Considerando 12).

A renglón seguido de poner de resalto la mora del legislador en cuanto a dictar una regulación para lograr el ejercicio pleno de estas acciones[389] y la obligación de los jueces de darles eficacia, la Corte exige la constatación de distintos requisitos para que sean admitidas como tales los que, siguiendo el comentario del fallo que efectúa Andrés Gil Domínguez[390], pueden clasificarse en generales para todas las acciones de incidencia colectiva (enumerados en el Considerando 13) y particulares para las referidas a los intereses individuales homogéneos (enumerados en el Considerando 20).

En cuanto a los requisitos generales el Tribunal enuncia el hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos, una pretensión enfocada a los aspectos comunes de la clase, y que no se justifique la promoción

---

Justicia de la Nación en el que se dijo que "La circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no constituye un óbice para la aplicación del art. 43 de la Constitución Nacional (según la reforma de 1994), en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina –AGUEERA- c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Acción declarativa", 22/04/1997, SAIJ: FA97000121). Más aún, pensamos que es procedente la protección constitucional aunque tampoco se configuren los requisitos de la acción declarativa.

[389] Gabriel Martínez Medrano disiente con la necesidad de dictado de una ley que regule las acciones colectivas pues considera conveniente "antes de encapsular la acción de clase en una norma, permitir el desarrollo jurisprudencial generado por la experiencia tribunalicia que vaya decantando sus perfiles" (MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, "Certificación de una acción de clase", diario La Ley del 3 de diciembre de 2009). De todos modos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó las Acordadas 32/2014 y 12/16 mediante las cuales, respectivamente, crea el Registro Público de Procesos Colectivos y el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos por el que fija reglas que ordenan el trámite de inscripción de estos procesos en el Registro, cuando tramiten por ante los tribunales nacionales y federales.

[390] GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Derechos colectivos y acciones colectivas", La Ley 2009-C-1128.

individual de reclamos o dificultad estructural de acceso a la justicia en forma individual. El fallo deja en claro que a pesar de no cumplirse con estos recaudos ("sin perjuicio de ello" dice en forma textual) la acción resultará de todos modos procedente en los supuestos en los que "cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos". Y agrega que en tales circunstancias "la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección".

En lo que hace a los requisitos particulares para ejercer las acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos, el Tribunal exige para resguardar la defensa en juicio una precisa identificación de la clase[391], la idoneidad del representante, un planteo que involucre cuestiones comunes u homogéneas, un procedimiento idóneo para informar a los miembros de la clase sobre la promoción de la acción y un procedimiento de publicidad o registro para evitar la multiplicidad de acciones colectivas con el mismo objeto.

e) El Código Civil y Comercial ha reabierto el debate acerca de si la categoría de los derechos de incidencia colectiva comprenden o no a los derechos individuales homogéneos. La razón obedece a que el texto definitivo suprime la clasificación del Anteproyecto que en su artículo 14 permitía distinguir los derechos en individuales, en individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva si existe una pluralidad de afectados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, y en derechos de incidencia

[391] Ni las leyes de protección al consumidor ni las leyes de amparo contienen alguna regulación acerca de cómo se conforma una clase y cuál debe ser el examen de representatividad de quien pretende litigar por los miembros de la clase. Por lo general, el juzgador pasa revista de los recaudos que surgen del fallo "Halabi" y si se cumplen, se otorga lo que suele llamarse "certificación" (por analogía con la *certification* que constituye la primera fase de las acciones de clase americanas por la cual el juez permite que el representante litigue en defensa de los intereses del grupo) y se da vía libre al proceso colectivo. En las regulaciones nacionales de los procesos civiles no existe un trámite de certificación, y aquellas cuestiones se dilucidan a través de la excepción de falta de legitimación activa, tratada como de previo y especial pronunciamiento, aunque el juez decida que el proceso tramite como sumarísimo, que no permite tal tipo de excepciones (artículo 498 del Código de Procedimientos Nacional). Además de la precisa identificación del grupo afectado por cuestiones comunes, la acción colectiva requiere para su admisión que se verifique la idoneidad de quien asume su representación, que para cada trámite se arbitre un procedimiento que asegure la notificación certera de todos los interesados en el resultado del litigio, y que se publicite el litigio de modo de evitar la multiplicidad de procesos colectivos con un mismo objeto.

colectiva, que son indivisibles y de uso común. Más aún, los proyectados artículos 1745 y 1746, definían respectivamente al daño a derechos de incidencia colectiva y al daño a los derechos individuales homogéneos.

Sin embargo, previo al envío del Anteproyecto al Congreso para su tratamiento, el Poder Ejecutivo Nacional eliminó del capítulo de la Responsabilidad Civil la sección 5ta. titulada "Daños a los Derechos de Incidencia Colectiva" entre los que se encontraban los referidos artículos 1745 y 1746; en el texto definitivo, el Código Civil y Comercial sólo alude al daño de incidencia colectiva –en el artículo 1737— aunque sin definirlo. Además, el Poder Ejecutivo Nacional modificó el texto original del artículo 14 que en su versión definitiva sólo distingue entre derechos individuales y derechos de incidencia colectiva[392], aunque sin calificar a estos últimos como indivisibles y de uso común, y sin definirlos en absoluto.

Pamela Tolosa y Lorena González Rodríguez consideran que la defensa del género derechos de incidencia colectiva comprende la protección de los derechos individuales homogéneos. Y luego de reconocer que la inclusión expresa en el Código Civil y Comercial de los llamados derechos individuales homogéneos hubiera sido muy valiosa para impulsar el desarrollo de las normas procesales necesarias a los efectos de consolidar un proceso colectivo idóneo, concluyen que su interpretación es conteste con el artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional que al hablar de la protección a los derechos de incidencia colectiva en general, "hace una enumeración ejemplificativa de diversas clases específicas de derechos de incidencia colectiva y, por ende, distingue entre una noción genérica y las diversas categorías particulares"[393]. En un nuevo trabajo explica Pamela Tolosa que adoptar otra idea implicaría negar la acción colectiva a los casos de daños individuales homogéneos, solución que juzga irrazonable teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre proceso colectivo que ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde "Halabi" hasta la actualidad, así como el artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor que cuando regula los efectos de la sentencia en la acción de incidencia

---

[392] Si bien el Anteproyecto ofrecía una mayor regulación de los derechos de incidencia colectiva, en la versión definitiva del Código Civil y Comercial se encuentran directivas para su protección en los artículos 14, 240, 1096, 1102, en el capítulo I, título V, Libro III donde varias normas referidas a la responsabilidad civil se refieren a derechos de incidencia colectiva, tales como el deber de prevención, la acción preventiva y el mismo concepto legal de daño jurídico.

[393] TOLOSA, PAMELA y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, "La protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial", Sección Doctrina de http://www.nuevocodigocivil.com/.

colectiva, "se refiere a situaciones que habitualmente se consideran ejemplos de daños individuales homogéneos"[394].

f) La ley bonaerense 13.133[395] o Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, faculta a los consumidores y a las asociaciones civiles dedicadas a la materia y registradas en el estado bonaerense para accionar judicialmente en forma individual o colectiva, y establece la intervención subsidiaria del Ministerio Público si aquellos abandonan la acción iniciada (artículo 26, texto según ley 14.640). Esta ley provincial se hace partidaria de la expansión de la cosa juzgada en el caso de procedencia del reclamo, al señalar que en caso de ser admitidas las demandas judiciales derivadas de las relaciones de consumo, sean o no de incidencia colectiva, "beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños"; y que el rechazo de la demanda no impide que cualquier otro consumidor o usuario que no haya intervenido en el proceso pueda intentar otra acción, incluso valiéndose de nueva prueba (artículo 28).

g) Además de la ley referida en el apartado anterior, las acciones colectivas en la provincia de Buenos Aires también se encuentran reguladas en la ley de amparo 13.928 y en la ley 11.723 de "Protección, conservación, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del medio ambiente en general (Ecología – Diversidad Biológica)"[396]. Pero al ser estas normas anteriores al fallo "Halabi", luego de su dictado y a modo de adecuación, el legislador bonaerense sancionó la ley 14.192[397] por la que modificó la ley de amparo y estableció una regulación de los amparos de incidencia colectiva sobre intereses individuales homogéneos, para los que —además de los requisitos comunes a todos los amparos en general y a los de incidencia colectiva en particular— exige la identificación del hecho único o complejo que cause la lesión, que el interés individual no justifique la promoción de demandas individuales y que se garantice la representación adecuada del grupo, la cual debe resultar "*de la precisa identificación del mismo, la idoneidad de quien pretenda asumir su*

[394] TOLOSA, PAMELA, "Daños de incidencia colectiva: sobre conceptos y consecuencias sociales", Diario DPI, Diario Civil y Obligaciones Nro. 65, 21-03-2016, donde reafirma la idea que desarrollara en "La noción de derechos de incidencia colectiva en el nuevo CCyC" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, febrero 2016, número 2, pp. 39-46. Coincide AZAR, MARÍA JOSÉ, "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", diario La Ley del 13 de julio de 2009.
[395] Promulgada el 16 de diciembre de 2003 (con observaciones) y publicada del 5 al 9 de enero de 2004.
[396] Publicada el 22 de diciembre de 1995.
[397] Publicada el 16 de diciembre de 2010.

representación, la debida notificación y publicidad del litigio y el planteo de cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo" (artículo 7 ley 13.928, texto según ley 14.192).

IX.3.2 La improcedencia de la acción colectiva para lograr la nulidad de las cláusulas abusivas en los reglamentos

En el ámbito nacional, debido a que el legislador de la reforma de la LDC no había limitado en forma expresa la aplicación del artículo 54 a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses colectivos (es decir a la protección de los derechos difusos, referidos a un grupo indeterminado o de difícil determinación), a partir del precedente "Halabi" y no obstante el silencio del Código Civil y Comercial, ya no hay dudas en cuanto a que aquella disposición regula también el reclamo colectivo en tutela de los intereses individuales homogéneos de los consumidores y usuarios[398]. Es decir que las acciones que otorga la Ley de Defensa del Consumidor legitiman tanto la defensa de derechos o intereses particulares del consumidor, como también los derechos o intereses colectivos (o de incidencia colectiva), sean individuales homogéneos o difusos[399].

A la misma conclusión arriba Diego H. Zentner para quien la impugnación de las cláusulas abusivas procede con base en el artículo 54 LDC *"no sólo a partir de la pretensión individual del interesado para el caso concreto, sino también mediante acciones de incidencia colectiva iniciadas a instancias de cualquiera de los legitimados"* con la consecuente expansión de la cosa juzgada[400].

---

[398] Con posterioridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo la preferencia temporal en los procesos vinculados a bienes colectivos, como pauta de prelación para evitar pronunciamientos contradictorios en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo", 23/09/2014, elDial.com AA8A68, publicada el 02/10/14).

[399] En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – V Congreso Nacional de Derecho Civil, encuentros celebrados en Córdoba en el año 2009, se concluyó que "La reforma introducida por la ley 26.361, en tanto contempla la posibilidad de ejercer acciones de incidencia colectiva, sin requerir distinciones entre categorías de intereses y permitiendo una amplia legitimación y la posibilidad de incluir pretensiones de diverso contenido (personales y patrimoniales), implica un avance en cuanto a garantizar la elección de herramientas jurídicas útiles para diversas situaciones en las cuales se vulneren los derechos de consumidores y usuarios" (conclusión 3 del título VI denominado "Cuestiones procesales", Comisión de Derecho Interdisciplinario, Derechos del Consumidor).

[400] ZENTNER, *op.cit.*, p. 210. El autor cita como antecedente el fallo por el cual se confirma la disposición administrativa por la que se había declarado abusiva, entre otras cláusulas, la que otorgaba la potestad al banco de reservarse el derecho de aumentar o disminuir los límites de

Quizás esta amplitud con la que ha sido interpretado el artículo 54 de la la LDC ha llevado a Alicia Mabel Repun a concluir que la norma también resulta aplicable en el proceso por nulidad de la cláusula abusiva del reglamento de propiedad horizontal, y por lo tanto "*la decisión extiende sus efectos respecto de otros consumidores que se encuentren en similares condiciones*", conclusión que reafirma al señalar que la nulidad "*aprovechará a todos los copropietarios del edificio*"[401]. No coincidimos con la autora.

a) En primer lugar, la aplicación del artículo 54 de la LDC tiene como requisito la existencia de una relación de consumo entre el propietario actor y el beneficiario de la cláusula abusiva, la cual no siempre está presente en la adquisición de una unidad funcional y la consecuente adhesión al reglamento.

b) Aún en presencia de una relación de consumo habrá que vencer un nuevo obstáculo y es que la reforma de la ley 26.361 al artículo 52 de la LDC faculta al consumidor o usuario sólo a iniciar acciones judiciales "*por su propio derecho*", lo cual parece haberles cerrado la posibilidad de plantear una acción colectiva, vía que queda expedita únicamente para las asociaciones de consumidores autorizadas[402], para la autoridad de aplicación nacional o local, para el Defensor del Pueblo y para el Ministerio Público Fiscal. Sin embargo, desde que en el artículo 43 de la Constitución Nacional se menciona, al "afectado" como legitimado activo en las acciones de incidencia colectiva (junto con el defensor del pueblo y las asociaciones registradas) y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación las admitió a instancia de un particular en el caso "Halabi" (posterior a la ley 26.361), el artículo 52 de la LDC no es decisivo para limitar la intervención de uno o más consumidores a reclamos individuales o a participar en acciones colectivas iniciadas por otros en miras a

---

compra y de crédito (Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, "Lloyds Bank Ltd. c/ Secretaría de Comercio", 22/08/2000, Lexis N°70004386).

[401] REPUN, ALICIA MABEL, "El reglamento de copropiedad y administración. La defensa del consumidor", Doctrina Judicial 15/07/2009, 1909.

[402] Estas asociaciones sólo están legitimadas para actuar ante la justicia en defensa de los derechos de los consumidores y por lo tanto "es un requisito esencial para reconocer su legitimación, que en la causa se discutan cuestiones vinculadas a una relación de consumo" (GIRARDI, CARINA, "La legitimación para actuar ante la justicia en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios y su necesaria vinculación con una relación de consumo", Diario DPI, Diario Consumidor y Usuario Nro. 68, 05-04-2016, comentario al fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Defensa Usuarios y Consumidores Asociación Civil (DEUCO) y otro s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en González, María América y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) y su acumulado Defensa Usuarios y Consumidores Asociación Civil (DEUCO) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en González, María América y otros c/GCBA s/amparo", 23/10/2015).

obtener sólo la satisfacción de sus derechos individuales. Incluso, tal como se adelantó, de acuerdo al artículo 26 de la ley bonaerense 13.133 (texto según ley 14.640) se encuentran legitimados para interponer las acciones correspondientes, entre otros, "los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva", cuando resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos.

c) Pero aún de lograr la voluntad del juez en cuanto a admitir la legitimación de uno o más consumidores particulares para instar la acción colectiva persiguiendo la nulidad de las cláusulas abusivas del reglamento (situación que nada tiene de corriente), también deberían configurarse los recaudos para que se admitan este tipo de acciones, únicas reguladas en el artículo 54 LDC, a juzgar por su título.

En uno de las pocas oportunidades en que el tema en análisis motivó una decisión judicial, se trató de un caso en el cual los adquirentes de unidades funcionales demandaron al desarrollista para que se declare la nulidad de cláusulas de los boletos de compraventa y del reglamento de propiedad horizontal. Y a pesar de haber resuelto que se constituyera un litisconsorcio entre aquellos que decidieron iniciar juicio y quienes no (a los que igualmente se entendió que se los debía traer a estar a derecho ya que la posible nulidad podría alcanzarlos), el juez de primera instancia luego decidió transformar la acción ordinaria en una acción de clase (y enumeró las pautas a la cual éste se sujetaría) ante la complejidad que implicaba la notificación por cédula a todos los interesados y "*para dar una respuesta acorde en el tiempo al tema planteado*".

La Cámara revocó este pronunciamiento no sólo porque se había violentado el principio de preclusión (se encontraba firme la resolución que había fijado el trámite de la causa) sino en especial por considerar que no estaban reunidos los recaudos exigidos en el fallo "Halabi" para tener por configurado un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos que de lugar a una acción colectiva desde que no había impedimento alguno para que quien se vea afectado inicie individualmente la causa que considere necesaria, no existía la clase tan numerosa que torne impracticable la actuación de todos (más allá de las dificultades que pueda presentar la notificación de los litisconsorcistas) y no se encontraba debidamente configurada la homogeneidad ante la existencia de distintas

características en las contrataciones (pues algunos habían adquirido por boleto de compraventa y otros por escritura pública)[403].

Más allá que la declarada falta de homogeneidad sólo resulta de aplicación en el supuesto especial y que se podría cuestionar la conclusión en cuanto a que la idea de clase del artículo 54 de la LDC no es necesariamente de masa (pues la propia norma permite que el fallo de la acción de incidencia colectiva brinde las pautas para la reparación de daños "diferenciados para cada consumidor o usuario"), costará encontrar en casos similares la dificultad de acceso a la justicia en forma individual que justifique la promoción de la acción colectiva.

Sin embargo, según el Considerando 13 del fallo "Halabi", en los casos de "fuerte interés estatal en la protección de un derecho sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados" (es decir los previstos en la Constitución Nacional como derechos de incidencia colectiva, entre los que menciona "el consumo") la Corte admite la procedencia de una acción colectiva sin cumplir los recaudos genéricos —o mediante un examen más flexible— que enumera en el propio fallo para poder iniciar cualquier acción colectiva, entre los cuales se encuentra la mentada dificultad o falta de incentivo para demandar individualmente. Con dicho razonamiento podría verse salvado este obstáculo, pero no otros.

d) No debe olvidarse que en este caso el resultado que persigue el reclamante que pretende el trámite de una acción colectiva es la nulidad de una o más cláusulas del reglamento por considerarlas abusivas. Es decir que además de constatar las características que configuran los conflictos colectivos y que permiten diferenciarlos de los conflictos individuales, el juez deberá además verificar el cumplimiento de los recaudos respecto de la legitimación de esta particular acción de nulidad[404].

---

[403] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, "Tarda, Raúl Gustavo y otros c/ Magin S.A. s/nulidad de clausulas contractuales", 04/10/2012, La Ley Online AR/JUR/68342/2012. El fallo nada dice acerca del efecto expansivo de la sentencia para aquel citado como litisconsorte que no está de acuerdo con la pretensión de demanda pero nada puede hacer para detener el curso de la acción.

[404] Recordemos que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial contemplaba estas cuestiones en los artículos 1745/1748 para el caso de daño a los derechos de incidencia colectiva, aunque su contenido no subsistió en el texto definitivo.

En cuanto a la *legitimación activa*, y atento que no existe legislado en nuestro derecho procesal civil un trámite de *certificación* de la clase, deberá evaluarse la aptitud del actor colectivo mediante la falta de legitimación activa que puede ingresar al proceso como excepción o por decisión de oficio del juzgador a partir de cualquier dato que considere necesario en el caso puntual. Por tratarse la idoneidad del actor en un trámite colectivo de un recaudo no definido en la ley, su indeterminación otorga libertad al juez para darlo o no por cumplido.

Por el contrario, el cumplimiento del recaudo de la *legitimación pasiva*, no depende de la apreciación judicial, pues en el caso de reclamarse la nulidad de una cláusula contractual, los demandados necesariamente deben ser las otras partes del contrato. La naturaleza del reglamento como un contrato bilateral o plurilateral de organización determina la necesaria participación de todos los propietarios como demandados en un reclamo de nulidad de sus cláusulas, de modo que la decisión haga cosa juzgada para todos los integrantes de la comunidad consorcial (incluso también para la constructora en el caso que haya vendido todas las unidades y se haya reservado una facultad que el actor considera abusiva). La propia Alicia Mabel Repun quien se muestra partidaria de una acción colectiva en estos casos, en párrafos anteriores por el contrario afirma que "el procedimiento adecuado para obtener la nulidad judicial es la integración de la litis con todos los copropietarios (...) quienes no actuarán como consorcio, sino en su propio derecho, con patrocinio letrado particular en cada caso"[405]. Y no es compatible la necesaria legitimación pasiva de todos los propietarios con el inicio de una acción colectiva.

e) Además, si se aplicara el artículo 54 de la LDC, la sentencia hará cosa juzgada para todos los consumidores en similares condiciones "*excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga*" (segundo párrafo). Entonces, si todos los propietarios de las unidades funcionales de un consorcio fueran consumidores (ejemplo casi de laboratorio) y uno o más de ellos no estuvieran interesados en lograr el efecto perseguido por la acción judicial (porque no consideran abusiva la cláusula cuestionada o porque no les conviene por ser los beneficiarios del desequilibrio), podría pensarse que la ley les otorga el derecho de apartarse y, en su caso, de accionar en forma individual.

[405] REPUN, *op. cit*.

Sin embargo, en el caso esta facultad les estaría vedada porque la sanción frente a las cláusulas abusivas del reglamento es la de tenerlas por "no convenidas" o por "no escritas" y, de acuerdo al alcance que le hemos asignado a tales expresiones, de acogerse el reclamo la consecuencia es la nulidad de la cláusula, que no puede ser ineficaz para algunos y eficaz para otros. Incluso si el juez integra el contrato lo hará para todos, pues su decisión importará una modificación del reglamento.

IX.4 La exclusión del régimen del consumidor y las costas

Un último problema, y no por último menor, asoma sobre quien pretende la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula del reglamento, y es que si debe demandar a todos los propietarios (de quienes no adquirió la unidad funcional), no existe entre el actor y los demandados la relación de consumo que habilite la aplicación del régimen específico. En consecuencia, a pesar de que la haya adquirido en el marco de una relación de consumo, debe descartar la posibilidad de valerse de las ventajas procesales que la legislación protectoria del consumidor confiere, tal el caso, entre otras, del beneficio de gratuidad previsto en el artículo 53 de la LDC.

Es decir que más allá de la polémica sobre el alcance de la franquicia[406], frente al rechazo judicial deberá hacerse cargo del pago de los gastos del proceso y de los honorarios de todos los letrados que intervengan[407], si es que no logra la concesión del beneficio de litigar sin gastos previsto en los códigos de procedimientos, para lo cual se deja librada a la apreciación judicial la determinación de la suficiencia o insuficiencia de los recursos del actor, dueño de la unidad funcional, que le permitan afrontar o no los gastos del proceso[408].

---

[406] De acuerdo a una interpretación amplia, el consumidor tendría automáticamente concedido el beneficio de litigar sin gastos de la ley procesal que lo exonera del pago de gastos y honorarios. En cambio según el criterio restrictivo, los consumidores sólo estarían eximidos de abonar la tasa judicial de inicio, pero deberían promover y obtener un beneficio de litigar sin gastos si desean la cobertura respecto de las costas.

[407] Como principio general, la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando ésta no lo hubiese solicitado (artículos 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 68 del Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires).

[408] Tanto en el orden procesal nacional como en el bonaerense, el beneficio de litigar está regulado en los artículos 78 a 86 de los códigos procesales respectivos. La ley adjetiva suministra una pauta a la que debe atenerse la apreciación judicial de la insuficiencia de recursos al establecer que "*No obstará a la concesión del beneficio la circunstancia de tener el peticionario lo indispensable para procurarse su subsistencia cualquiera fuere el origen de sus recursos*" (artículo 81 de los Códigos procesales nacional y bonaerense). Dicha fórmula excluye la necesidad de que el solicitante del beneficio se encuentre en una situación de indigencia, siendo suficiente que los gastos derivados del proceso incidan en los recursos destinados al sustento del actor o de su familia.

Sin embargo, la sola posibilidad de rechazo del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos y de sufrir la imposición de costas, puede tener en los hechos un fuerte poder disuasorio que atenta contra la finalidad del legislador de reprimir el abuso. Será difícil que alguien esté dispuesto a correr el riesgo de afrontar gastos y honorarios por solicitar la nulidad de una cláusula del reglamento que considera abusiva, en un proceso en el que existe la posibilidad de la intervención de una multiplicidad de demandados con asistencia letrada obligatoria.

En definitiva, existe un interés público en reprimir el abuso en el que incurre el proveedor o predisponente, y se deja en cabeza de quien lo sufre la facultad de instar la nulidad y en cabeza del juez la potestad para declararla. Pero si a la vez se hace recaer en el legitimado la amenaza económica de ser condenado en costas, se lo empujaría sin dudas a abstenerse de cumplir el rol que la ley le ha asignado en el control del abuso. Lo mismo es decir que se colocaría en situación de peligro a quien el sistema quiere proteger.

X- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Con base en lo expuesto en los capítulos anteriores, formulamos las siguientes conclusiones y propuestas:

1.- El derecho real de propiedad horizontal tiene como objeto la unidad funcional. A pesar de que no siempre coinciden las caracterizaciones de una cosa como inmueble en el Código Civil y Comercial y en la ley registral, no hay dudas en cuanto a que la unidad funcional en propiedad horizontal es una cosa inmueble, no solo porque de acuerdo a la ley registral 17.801 se inscribe como tal en folios reales independientes, sino porque —según el criterio de la ley de fondo para identificar las cosas inmuebles— su contorno está delimitado por una línea poligonal en la superficie del suelo que, si está en altura, se proyecta hacia el espacio aéreo..

2.- La división jurídica de un inmueble en propiedad horizontal requiere necesariamente la redacción por escritura pública y la posterior inscripción registral de un reglamento el cual, entre otras constancias, contiene los derechos y obligaciones de los propietarios que forman parte de la comunidad consorcial.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el reglamento de propiedad horizontal es un contrato, pues cuenta con todos los elementos que permiten caracterizarlo como tal de acuerdo a la regulación contenida en los Títulos I a III del Libro III del Código Civil y Comercial. Con base en el criterio del mismo Código que permite distinguir los contratos celebrados según la cantidad de partes que se vinculen, el reglamento puede ser bilateral (celebrado por dos partes) o plurilateral (celebrado por más de dos partes). En caso de constituirse como un contrato plurilateral, será de organización (no de cambio) en el que todas las partes se encuentran en una igualdad de jerarquía, mediante una actividad de colaboración persiguen una finalidad común, y la ineficacia de uno de los vínculos no implica la extinción del contrato.

3.- La naturaleza contractual del reglamento determina la aplicación a su respecto de las normas del Código Civil y Comercial, entre las cuales se encuentran las que regulan el control de incorporación del contenido contractual y el posterior control del contenido ya incorporado.

En cuanto al primero de los controles, en el ámbito específico de las adquisiciones de unidades funcionales de un inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal y por una expresa disposición legal, las cláusulas del reglamento se integran al título suficiente de la adquisición, sin haber sido negociadas con los

adquirentes quienes limitan su actuación a aceptar sin cuestionamientos el contenido predispuesto por quien divide jurídicamente el inmueble, y declaran conocerlo aunque ni sepan de su existencia. El reglamento dictado en estas circunstancias reviste la naturaleza de contrato de adhesión y es campo propicio para que en su texto se incluyan cláusulas abusivas.

También es usual que en los desarrollos inmobiliarios que persigan la construcción de un edificio que se someterá al régimen de propiedad horizontal, los emprendedores se encuentren con la necesidad de vender por boleto de compraventa las unidades funcionales con anterioridad a la construcción del edificio, a la división jurídica del inmueble general (afectación) e incluso a la redacción del reglamento que incluirá cláusulas abusivas, la cual da lugar a distintas y frecuentes situaciones de desequilibrio perjudicial para los aceptantes.

En cuanto al control del contenido contractual ya incorporado, la LDC brinda pautas para concluir que cuando afirma que las cláusulas abusivas deben tenerse "por no convenidas", hace referencia a que la sanción que enfrentan es la nulidad. Sumado a ello, en el Código Civil y Comercial no ha sido legislada la inexistencia como una categoría autónoma de ineficacia del acto jurídico. Por ambas razones, la nulidad es el tipo de ineficacia con que el ordenamiento castiga a las cláusulas abusivas de un reglamento de propiedad horizontal. Además, tanto el Código Civil y Comercial como la LDC otorgan facultades al juez de integrar al contrato luego de declarar la nulidad de alguna de sus cláusulas, mientras que no está prevista la inexistencia parcial y mucho menos la posibilidad de integrar el vínculo en tal caso.

4.- Si bien el juez no tiene potestad para modificar en forma directa el reglamento de propiedad horizontal (o cualquier otro contrato), podría reformarlo por la vía indirecta de la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas (con la posterior integración) si las considera ilícitas, sea por abuso o por alguna otra causal. Pero en materia de propiedad horizontal, con carácter previo al acceso a la justicia, el adquirente de una unidad deberá agotar la vía asamblearia y para ello, deberá cumplir con los recaudos de convocatoria (con la ayuda del administrador), quórum y mayorías.

Respecto de este último recaudo, sólo si las cláusulas a reformar no se refieren a cuestiones que excedan de meras cuestiones de funcionamiento cotidiano y no involucran derechos patrimoniales de los propietarios —es decir si no se tratan de cláusulas estatutarias sino reglamentarias—, podrían modificarse por la mayoría de dos tercios que refiere el artículo 2057 del Código Civil y Comercial (o por el

porcentual agravado que podría exigir el reglamento). Aún con la certeza de que no se requiera la unanimidad, se plantea una duda (que el intérprete debe resolver) cuando en el reglamento no esté previsto el modo de computar los dos tercios, pues la ley calla al respecto.

Si se rechaza el pedido en la asamblea convocada por los órganos legitimados al efecto y su convocatoria o desarrollo no presentan vicios que den lugar a la acción de nulidad asamblearia, no le quedará otra alternativa al propietario que iniciar el proceso judicial de reforma del reglamento para dejar sin valor la cláusula abusiva. En tal caso, deberá demandar necesariamente a todas las partes del contrato, con las múltiples dificultades prácticas y riesgos económicos que la respuesta ofrece para el actor (escollos graves en relación a lo que generalmente tiene por ganar). Esta formación de un litisconsorcio pasivo necesario entre todos los propietarios determina que no pueda ser aplicable el trámite de una acción colectiva con su efecto expansivo de la cosa juzgada.

5.- Los resultados de la investigación nos permiten ratificar la hipótesis de trabajo planteada, es decir que la normativa de protección al consumidor no brinda amparo a quien adquirió una unidad funcional en propiedad horizontal en el marco de una relación de consumo frente al abuso del redactor del reglamento que integra su título, y tendrá que transitar el mismo camino plagado de dificultades que quien no haya adquirido en ese contexto, cuando pretenda anular alguna de las cláusulas del reglamento por considerarlas abusivas.

A pesar de la importancia económica de las adquisiciones inmobiliarias y de que el alojamiento es el destino final por excelencia que habilita la protección al consumidor, frente al conflicto por abuso en las cláusulas reglamentarias, quien adquiere una unidad funcional en una relación de consumo debe valerse de las mismas normas de fondo de las que puede servirse quien no adquiera de ese modo.

Por más que sea el intérprete el encargado de suplir la falencia recurriendo a principios que le permitan restablecer el equilibrio, se encuentra también con que el proceso individual (único aplicable) no es eficaz para cumplir las finalidades de orden público que tuvo en cuenta el legislador a la hora de proteger el vínculo de consumo (de rango constitucional), no obstante las mejoras procesales dadas por el régimen específico. No caben dudas en cuanto a que la protección de esta relación de consumo requiere soluciones sustanciales en la ley de fondo (e incluso preventivas) y que la eficacia del régimen protectorio del consumidor no depende de brindar herramientas procesales cuando el desequilibrio ya se hizo patente.

La LDC ha consagrado la preeminencia de su texto respecto de los restantes regímenes especiales a los que se aplica, entre los que se encuentra el Código Civil y Comercial, pero el legislador nunca terminó de coordinar la normativa protectoria específica con el régimen de propiedad horizontal, entre otros sistemas.

6.- De todos modos, si bien no habría impedimentos en cuanto a legislar una protección especial para el adquirente de unidades funcionales en propiedad horizontal en el marco de una relación de consumo, las facilidades legales para atacar las cláusulas abusivas del reglamento deberían extenderse, con la misma intensidad o no, a quien no reviste la calidad de consumidor.

7.- Pero si la mora del legislador nacional deja al adquirente sin tal previsión normativa, proponemos la injerencia de la autoridad de aplicación de la LDC para concretar el control administrativo del contenido contractual de los reglamentos de propiedad horizontal, en los mismos términos ya receptados por el artículo 38 de la LDC para los casos de adquisiciones de consumo mediante contratos de adhesión. Tal como lo hemos sostenido (con cita de doctrina), así lo auspicia la extracción de la normativa de consumo, a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial, de los contratos de adhesión sujetos a cláusulas generales predispuestas.

Un control estricto determinará que ante el incumplimiento de la observación se apliquen sanciones al predisponente, quien de ahí en más tendrá mayor cuidado en la redacción de los próximos reglamentos de propiedad horizontal y servirá de advertencia a quienes lo sigan. Y por más que el adquirente esté desinformado acerca de la existencia del reglamento o de su contenido, tendrá menos posibilidad de sufrir la inclusión de cláusulas reglamentarias abusivas.

Por supuesto que dicho control no evita la posibilidad de un posterior reclamo judicial, pero al menos eliminará las cláusulas abusivas del plexo contractual sobre las que haya uniformidad de criterio respecto del desequilibrio que provocan (sin que ello implique entrometerse en el objetivo económico del contrato), y servirá de parámetro para el adquirente que quiera atacar judicialmente por nulidad las cláusulas previamente aprobadas. Prueba de la eficacia de este tipo de guardia estatal es la ausencia de planteos de nulidad de las estipulaciones de los estatutos de una asociación civil, cuyo nacimiento como persona jurídica privada requiere que el acto constitutivo sea “inscripto en el registro correspondiente una vez otorgada la autorización estatal para funcionar” (artículo 169 del Código Civil y Comercial), lo cual presupone el previo control del instrumento.

BIBLIOGRAFÍA (en orden alfabético ascendente)

ABELLA, ADRIANA N., "Propiedad Horizontal. Cuestiones Planimétricas. Desafectación", en *Revista del Notariado,* nro. 895, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009.

- "El tiempo compartido y los derechos de tercera generación", La Ley, 2010-B, 81.

- "Propiedad Horizontal. Modificación de reglamento de copropiedad y administración. Obra nueva. Cambio de destino", en Adriana Abella (directora), *Estudios de Derecho Inmobiliario*, Buenos Aires, Zavalia, 2012.

ACCIARRI, HUGO H. y TOLOSA, PAMELA, "La ley de defensa del consumidor y el análisis económico del derecho", en Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra (directores), *La Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t. 2.

ACQUARONE, MARÍA T., *Los emprendimientos inmobiliarios: marco jurídico y normativo. Modelos*, 2da. edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

ALEGRÍA, HÉCTOR, "Régimen legal de protección del consumidor y Derecho Comercial", diario La Ley del 26 de abril de 2010.

ALFERILLO, PASCUAL E., "La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor", La Ley 2009-D, 967.

ALTERINI, ATILIO A., *Contratos (civiles - comerciales - de consumo). Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

ALTERINI, JORGE. H y ALTERINI, IGNACIO E., su opinión en el comentario al artículo 2038 del Código Civil y Comercial, elaborado por Nelson G.A. Cossari, .en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini (director general), Ignacio E. Alterini (coordinador), Nelson G.A. Cossari (director del tomo), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, tomo 9.

ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., "La Buena Fe en la Ley 24.240", diario La Ley del 9 de junio de 2009, p. 4, La Ley 2009-C, 1271

- "Consumidores: 20 años que cambiaron el Derecho argentino", La Ley Suplemento Constitucional, octubre 2014, nro. 6.

AREAN, BEATRIZ A., *Curso de Derechos Reales*, 2da. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, año 1986.

- "Propiedad Horizontal. Contribución al pago de las expensas comunes: pretensión de exención por parte de determinadas unidades", en AA.VV., *Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 3 – Contratos Modernos,* ALEGRÍA, Héctor y MOSSET ITURRASPE, Jorge, (directores), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 370.

- *Derechos reales*, 6ta. edición renovada y ampliada, 2da. reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t. 2.

ARIAS CÁU, ESTEBAN JAVIER, "Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo", La Ley Patagonia, 2008, diciembre, 544.

ARIZA, ARIEL, "El consumidor inmobiliario y la prescripción", La Ley 2003-E, 737.

- "Compraventa de lotes por mensualidades. Consideraciones actuales sobre el régimen de la ley 14.005", SJA 19/10/2011, Abeledo Perrot Online N°: 0003/015617.

AZAR, MARÍA J., "Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN", diario La Ley del 13 de julio de 2009.

- "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión", *Revista de Derecho Privado*, Infojus, octubre 2012, año 1, nro. 2.

BAGALÁ, PABLO, "Apuntes sobre el derecho de consumo en el Código Civil y Comercial argentino. Repaso de las cláusulas abusivas", Infojus, Id Infojus: DACF150368.

BARBAGALLO, MIGUEL ANGEL, "La protección del consumidor inmobiliario ante la ley 26.361, ponencia presentada en la Comisión "Derechos del consumidor: incidencias de la reforma introducida por la ley 26.361" de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en el año 2009.

BARBAGALLO, MIGUEL ÁNGEL, GASTALDI, JOSÉ M. y CENTANARO [h], ESTEBAN, ponencia presentada en la Comisión "La protección del consumidor en el ámbito contractual" de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata en el año 1995.

BAROCELLI, SERGIO SEBASTIÁN, "Sin cambios en el ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor a partir del nuevo Código Civil y Comercial", Diario DPI, Diario Consumidores y Usuarios Nro. 39, 4 de agosto de 2015.

BENDERSKY, MARIO J., *Nulidad de Asambleas en el Régimen de Propiedad Horizontal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

- "El reglamento de copropiedad redactado por el ´propietario-vendedor´", La Ley 91-227, La Ley Online AR/DOC/452/2012.

- "Las asambleas de propietarios en el règimen de propiedad horizontal", La Ley 92-880, 487.

BOQUÉ, ROBERTO, "Comercialización de unidades en construcción o por construir ¿cuál es el régimen jurídico vigente?", La Ley Online, AR/DOC/7240/2010.

- "La prehorizontalidad en el Código Civil y Comercial. ¿Qué pasa con los fideicomisos inmobiliarios frente al nuevo régimen", RCCyC 2016 (marzo), 07/03/2016, La Ley Online AR/DOC/621/2016.

BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975, t.1.

- *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, undécima edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1996, t. 1 y 2.

BREBBIA, ROBERTO H., "Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público", en *Derecho privado. Libro homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ameal, Oscar J. (director), Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., "Derecho urbanístico y transdisciplina", diario La Ley del 24 de julio de 2013.

CAMBET, JORGE HORACIO, CARLESCHI GIL, CÉSAR MARIANO y VASQUEZ, GONZALO MATÍAS, "Contratación inmobiliaria – Análisis de tres casos prácticos por los cuales se estructurarán desarrollos inmobiliarios ´desde el pozo´ a través de una sociedad, de la transferencia de lote por unidades a construir o de un fideicomiso", *Revista Notarial* nro.968, La Plata, 2011.

CARAMELO, GUSTAVO, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera (directores), Buenos Aires, Infojus, 2015.

CARRANZA TORRES, LUIS R. y ROSSI, JORGE O., *Derecho del consumidor. Derechos y Acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009.

CAUSSE, JORGE RAÚL en Claudio Kiper (director), *Código Civil Comentado, Derechos Reales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, t. 2.

- "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios", en Claudio Kiper (director), *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

CLERC, CARLOS M., *Derechos reales e intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, t. 2.

COLERIO, JUAN PEDRO, *"*Negativa a pagar expensas como manifestación de protesta (Necesidad de agotar previamente la vía consorcial antes de abrir la instancia judicial)*"*, La Ley 1995-C, 141.

CORENFELD, JULIO, "La empresa como consumidora. Algunas pautas para determinar cuando la empresa adquiere un bien o contrata un servicio como destinataria final", Diario DPI, Diario Civil y Obligaciones Nro. 66, 28 de marzo de 2016.

CORNEJO, AMÉRICO ATILIO, "El reglamento de propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial", diario La Ley del 26 de junio de 2015, La Ley 2015-C, 1221, La Ley Online AR/DOC/2000/2015.

- "Improcedencia de asamblea judicial del consorcio", diario La Ley del 18 de mayo de 2015.

CORNET, MANUEL y CORNET OLIVA, MAGDALENA, "El contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-3: Contratos Parte General, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017.

CORTEZ OLMEDO, DIÓGENES A., "El fideicomiso de garantía", El Dial Express, Año VI, Nro. 1487, elDial - DC37A, del 27 de febrero de 2004.

COSSARI, NELSON G.A., "Nulidad parcial del reglamento de copropiedad y administración en cuanto impone a una unidad funcional un destino impracticable", en La Ley 2004 - C, 754 - Id Infojus: DASJ060013, La Ley Online AR/DOC/1086/2004, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Porcel, Margarita c/ Fernandez, Juan Carlos y otros", 13/11/2003.

- comentario al artículo 2063 del Código Civil y Comercial, en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini (director general), Ignacio E. Alterini (coordinador), Nelson G.A. Cossari (director del tomo), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t. 9.

- comentario al artículo 2057 del Código Civil y Comercial, en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge Horacio Alterini (director general), Ignacio E. Alterini (coordinador), Nelson G.A. Cossari (director del tomo), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, t. 9.

COSSARI, NELSON G.A. y LUVERÁ, MIGUEL A., "Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario", *Revista del Notariado,* nro. 880, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p. 64.

COSTANTINO, JUAN ANTONIO, "Nulidad de asamblea consorcial. Legitimación pasiva", La Ley 1994-B, 393.

- "La legitimación procesal en los litigios derivados de las relaciones consorciales" en AAVV, *La legitimación – Homenaje al profesor doctor Lino Enrique Palacio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

- *Propiedad Horizontal*, Rosario, Juris, 2002.

- "Propiedad horizontal, edificio, plano de subdivisión y reglamento de propiedad (provincia de Buenos Aires)", 2010, APBA 2010-10-1093, Abeledo Perrot N° 0003/800953.

- "La propiedad horizontal en el Proyecto de Código", diario La Ley del 7 de enero de 2013, La Ley 2013-A, 591, La Ley Online AR/DOC/4632/2012.

- *La Propiedad Horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

CROVI, LUIS DANIEL, *Régimen legal de las asociaciones civile*s, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2006.

CHIALVO, TOMÁS PEDRO, "Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo", Id Infojus: DACF110045.

DÁRDANO, ARNALDO ADRIÁN y SCHESTENGER, LEONARDO MARCELO, en *Revista del Notariado,* nro. 920, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sección Dictámenes, 2015.

DEBRABANDERE, C. MARTIN en *Expensas*, Federico J. Causse y Christian R. Pettis (directores), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

DE HOZ, MARCELO, "Transferencia de inmueble por unidades a construir", en *Revista Notarial* nro. 915, La Plata, 1993.

DÍAZ, SILVIA ADRIANA, "La responsabilidad civil en temas de propiedad horizontal", Doctrina Judicial 2007-I, 671, con cita de Cámara Nacional Civil, Sala D, "Guibert, y Cía. S.A. c/ Productos Químicos CIBA S.A.", 05/09/1961, El Derecho 2-216 y Sala E, "Consorcio de Propietarios Callao 349/61 c/ Criado y Cervini S.R.L.", 24/03/1972, La Ley 150-716.

ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

- *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ta. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2008.

FLAH, LILY R. y AGUILAR, ROSANA I., "Determinantes para la asignación de porcentuales en la propiedad horizontal", Doctrina Judicial 2008-II, 1823, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Luraschi, Diego Ernesto c/ Consorcio de Propietarios Anasagasti 2062/64", 12/02/2008.

FRUSTAGLI, SANDRA A., "Ineficacia de las condiciones generales de contratación y de las cláusulas abusivas - Análisis de su regulación en los derechos español y argentino", Jurisprudencia Argentina 1999-III-975, Abeledo Perrot Online Nº: 0003/000022.

FRUSTAGLI, SANDRA A. y HERNÁNDEZ, CARLOS A., "A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial", Jurisprudencia Argentina – Lexis Nexis 2003-IV-1541, Id Infojus: DASF070020.

- "La delimitación de la categoría jurídica de ´consumidor´ en el Derecho Nacional", ponencia presentada en la Comisión "La categoría jurídica de ´consumidor´" de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en el año 2011.
- "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", SJA 28-05-2008, JA 2008-II-1212, Abeledo Perrot Online N° 0003/013844.

GABÁS, ALBERTO, *Manual Teórico Práctico de Propiedad Horizontal*, 2da. edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1998.

GALDÓS, JORGE MARIO, "Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi)", RCyS2010-IV, 71.

GATTI, EDMUNDO y ALTERINI, JORGE H., *Prehorizontalidad y Boleto de compraventa*, Buenos Aires, La Ley, 1973.

GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Teoría General del Acto Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1991.

GIANNINI, LEANDRO J., "Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)", SJA 2/11/2011, Lexis 0003/015637.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Derechos colectivos y acciones colectivas", La Ley 2009-C-1128.

GIRARDI, CARINA, "La legitimación para actuar ante la justicia en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios y su necesaria vinculación con una relación de consumo", Diario DPI, Diario Consumidor y Usuario Nro. 68, 05-04-2016, comentario al fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Defensa Usuarios y Consumidores Asociación Civil (DEUCO) y otro s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en González, María América y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) y su acumulado Defensa Usuarios y Consumidores Asociación Civil (DEUCO) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en González, María América y otros c/GCBA s/amparo", 23/10/2015.

GREGORINI CLUSELLAS, EDUARDO L., "Defensa del Consumidor para el comprador de inmuebles", diario La Ley del 7 de junio de 2004.

- "Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios", DJ05/03/2008, 536 - DJ2008-I, 536, diario La Ley del 28 de abril de 2008 – La Ley 2008-C, 179, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala F, 01/06/2007, "Consorcio de Prop. Avenida del Libertador 5624 c/ ECMA S.R.L.
- "El consumidor inmobiliario. Su tutela en la ley 24240 reformada por la ley 26361", SJA 28/5/2008; Jurisprudencia Argentina 2008-II-1261, Abeledo Perrot Online Nº: 0003/013845.

GURFINKEL DE WENDY, LILIAN N., *La Propiedad Horizontal*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005.

- "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", diario La Ley del 3 de junio de 2013.

HERNÁNDEZ, CARLOS A. en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Comentario al artículo 1122, Ricardo Luis Lorenzetti (director), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, t. 6.

- "El ´contrato de consumo´ en el contexto de la ´teoría general del contrato´. A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica)", Jurisprudencia Argentina 2016-I, 12.

HERNÁNDEZ, CARLOS A. y ESBORRAZ, DAVID F. "Las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria, Colección de Derecho Privado. Abuso del Derecho, Revista

de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, 2006, Id. Infojus: DASF060078-

HIGHTON, ELENA I., *Propiedad horizontal y Prehorizontalidad*, 2da. edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

HITTERS, JUAN MANUEL, "El efecto extensivo de los recursos", diario La Ley del 25 de agosto de 2011.

HUMPHREYS, ETHEL, "Las violaciones al reglamento de copropiedad y administración consentidas precariamente", La Ley 2004-A, 34, La Ley Online AR/DOC/11344/2003, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala K, "Consorcio de Propietarios Pasaje Copérnico 2389/91 c/ Fariñi Duggan, Héctor", 02/09/2003.

- "Las implicancias de la incorporación de un reglamento interno en el reglamento de copropiedad y administración", La Ley 2003-E, 1, La Ley Online AR/DOC/10263/2003, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H, "Salas Martínez, Patricia E. c/ Consorcio de copropietarios Parera 90/92 y otros", 14/02/2003.

IRIGOYEN, ROBERTO, "Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor", La Ley 1994-E, 1020.

KEES, MILTON HERNÁN, "Seguro obligatorio para la venta de unidades afectadas al régimen de Propiedad Horizontal, Diario DPI Diario Civil y Obligaciones Nro. 70, 25 de abril de 2016.

- "La registración del contrato de fideicomiso en el nuevo Código", Suplemento La Ley Actualidad del 10 de marzo de 2015, año LXXIX, N° 46, La Ley Online AR/DOC/5/2015.

KIPER, CLAUDIO, *Tratado de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994*, 1era. edición revisada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, t. 1.

- "La adquisición de inmuebles y la aplicación de la ley de defensa del consumidor", en *Revista Notarial* nro. 961, La Plata, 2009.

- "El fideicomiso de garantía y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Jurisprudencia Argentina 2007-IV, 1049.

KIPER, CLAUDIO y LISOPRAWSKI, SILVIO V., "Registración del contrato de fideicomiso en el Código Civil y Comercial. Una novedad. Efectos", diario La Ley del 11 de noviembre de 2014, La ley Online AR/DOC/4028/2014.

LAJE, EDUARDO J., *La Propiedad Horizontal en la Legislación Argentina*, 2da. edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1957.

- "Modificación del reglamento de copropiedad horizontal (¿Unanimidad o mayoría? ¿Procede por decisión judicial?)", La Ley 104-506, 521; La Ley Online AR/DOC/537/2012, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala B, "Fenili y Cía, S.R.L. c/ Consorcio de propietarios del edificio Alsina 1780/82", 12/05/1961.

LAMBOIS, SUSANA, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bueres, Alberto J (director), Highton, Elena (coordinadora), Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5.

LAQUIS, MANUEL A. y SIPERMAN, ARNOLDO, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966.

LAQUIS, MANUEL ANTONIO, "Los servicios comunes y la obligación por las expensas de los propietarios de locales. Función del uso", La Ley 1975-B, 82.

LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P., "Naturaleza jurídica del proyecto de reglamento de copropiedad en la ley de prehorizontalidad", La Ley 1984-B, 716, La Ley Online AR/DOC/22415/2001.

LISOPRAWSKY, SILVIO y DEL SEL, JUAN MARÍA, "Responsabilidad del ´developer´ en el fideicomiso inmobiliario", La Ley 2008-A, 652.

LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot: Librería Histórica, 2009.

LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, 2da. edición, Montevideo – Buenos Aires, editorial B de f, 2015.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J., *Teoría de los contratos – Parte Especial*, Buenos Aires, Zavalia, 1997, t.1.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Consumidores*, 2da. edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.

- *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010.

LOVECE, GRACIELA, "El orden público en la teoría del contrato", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2016-3: Contratos Parte General, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017.

MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Derechos Reales,* 7ma. edición actualizada, Buenos Aires, Zavalia, 2004, t. 2.

MARIANI DE VIDAL, MARINA y ABELLA, Adriana N., "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", diario La Ley del 8 de abril de 2015, 1, La Ley Online AR/DOC/677/2015.

MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, "Certificación de una acción de clase", diario La Ley del 3 de diciembre de 2009.

MESSINEO, FRANCESCO, *Il contratto in genere,* 2da. edición, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1973, t.1, p. 591.

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, "El derecho de usar paredes y azoteas de un edificio para publicidad (Formas que puede adoptar: ¿derechos reales o personales?)", Jurisprudencia Argentina, 1979-IV, 748.

MOLINA QUIROGA, EDUARDO, *"Cobro de expensas comunes cuando se ha vendido la unidad sometida al régimen de propiedad horizontal"*, en La Ley. 1996-A, 458.

MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Derecho de Consumo,* Córdoba, Advocatus, 2008.

- "La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario", La Ley 2007-E, 1288.

MORALES, EDGAR R., "Propiedad Horizontal. Naturaleza Jurídica Contractual en el Reglamento de Copropiedad. Destino de la unidad y el *pacta sunt servanda*", en *Revista del Notariado,* nro. 845, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1996, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala K, "Consorcio Av. Libertador Gral. San Martín 102/118 c/ Rodríguez Berón de Araujo, Mabel Cecilia s/sumarísimo", 17/10/1994.

MOREIRA, LAUREANO A., *Contratos sobre departamentos en construcción*, Buenos Aires, Ábaco, 1988, t. 2.

MORELLO, AUGUSTO M. y DE LA COLINA, PEDRO R., "Aproximaciones sustanciales y procesales al consumidor inmobiliario en la ley 26361", SJA 25/6/2008; Jurisprudencia Argentina 2008-II-1158.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, "¿Contrato de construcción de un departamento, compraventa de inmueble futuro o compraventa del terreno? ¿Unidad o pluralidad de contratos?, Jurisprudencia Argentina. 1977-IV, 345, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala E, "Zeigner, Lázaro c/ Barsky Isidoro y otro", 28/06/1977.

NEGRI, JOSÉ A., *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal*, 2da. edición corregida y aumentada, Buenos Aires, Ediciones Arayú Librería Editorial Depalma, 1953.

NICOLAU, NOEMÍ L., "Consideraciones acerca del sistema de ahorro para fines determinados, la ineficacia de los contratos de objeto ilícito y la protección al débil", Abeledo Perrot Online AP/DOC/165/2015

PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18va. edición, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot, 2004.

PAOLANTONIO, MARTÍN E, "¿El consumidor financiero es consumidor?", diario La Ley del 22 de marzo de 2010, La Ley 2010-B, 1025.

PAPAÑO, Ricardo José; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio Alberto y CAUSSE, Jorge Raúl, *Derecho Civil – Derechos Reales*, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2004, t. 1.

PITA, ENRIQUE MÁXIMO, "La nulidad parcial del contrato. En los contratos en general y en los contratos de consumo", La Ley 02-08-2005, 1, La Ley 2005-D, 1303.

QUAGLIA, MARCELO CARLOS, "La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales", diario La Ley del 19 de abril de 2006.

RABINOVICH BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil*, 2da. edición, Buenos Aires, Astrea, 2011.

RACCIATTI, HERNÁN, *"Liberación de pago de expensas comunes por servicios no prestados en la propiedad horizontal"*, en *Revista del Notariado*, nro. 737, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1974.

- *Propiedad por Pisos o por Departamentos*, 3ra. edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- "Asambleas de propietarios en sede judicial y la impugnación de los actos asamblearios", La Ley, 1995-D, 363, La Ley Online AR/DOC/16448/2001.

RAISBERG, CLAUDIA e ITURBIDE, GABRIELA A., "El nuevo régimen del derecho real de propiedad horizontal", La Ley Sup. Act. 19/07/2012, 1, La Ley Online AR/DOC/3439/2012.

REFFINO PEREYRA, VIRGILIO, *La propiedad horizontal*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1952.

REPUN, ALICIA MABEL, "El reglamento de copropiedad y administración. La defensa del consumidor", Doctrina Judicial 15/07/2009, 1909.

REZZÓNICO, JUAN CARLOS, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, t. 1.

RIVERA, JULIO CÉSAR y CROVI, LUIS DANIEL, *Derecho Civil. Parte General*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.

RODRIGUEZ ALFARO, CAROLINA PAOLA, "La regulación de los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Código Civil y Comercial", Diario DPI Consumidores y Usuarios Nro.102, 13/12/2016.

ROSALES CUELLO, RAMIRO, "Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor", diario La Ley del 23 de marzo de 2009.

ROSSI, JORGE O., "El consumidor y el ´adherente´ inmobiliario en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial", 25-10-2016, MJ-DOC-10335-AR I MJD103359.

RUSCONI, DANTE D., "La noción de ´consumidor´ en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", Jurisprudencia Argentina 2008-II-1225.

- "Concepto de ´consumidor-empresario´", diario La Ley del 4 de abril de 2014.

SÁENZ, LUIS R. J., comentario al artículo 37 LDC, en PICASSO, SEBASTIÁN y VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. (directores), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, t.1.

SALERNO, MARCELO URBANO, *Negocios inmobiliarios,* 2da. edición, Buenos Aires, La Ley, 2011.

- "Venta de objeto imposible en un club de campo", diario La Ley del 17 de julio de 2012, p. 4; La Ley 2012-D, 333, La Ley Online AR/DOC/3447/2012, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, "Badessich, Fernando Andrés c/ Emprendimientos Deportivos S.A. s/escrituración", 03/10/2011.

SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino, Parte General*, 8va edición, Buenos Aires, La Ley, 1947, t. 2.

SANTARELLI, FULVIO, "Hacia el fin de un concepto único de consumidor", diario La Ley del 7 de septiembre de 2009, La Ley 2009-E, 1055.

- "El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 223, La Ley Online AR/DOC/471/2015.

SAUCEDO, RICARDO J., "Las formas de comercializar las urbanizaciones cerradas con fines residenciales y sus consecuencias", SJA 2012/04/04-38, Jurisprudencia Argentina 2012-II-54, Abeledo Perrot Online Nº: AP/DOC/26/2012.

SHINA, FERNANDO, *Sistema legal para la defensa del consumidor*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016.

SOLIGO SCHULER, NICOLÁS AGUSTÍN, "Naturaleza Jurídica del Reglamento de Copropiedad y Administración", en *Revista del Notariado,* nro. 895, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009.

- "La relación entre ´inmueble civil´ y ´finca registral´ en el Derecho argentino" en *Estudios de Derecho Inmobiliario*, Adriana Abella (directora), Buenos Aires, Zavalia, 2012.

STIGLITZ, RUBÉN S., "Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo", Jurisprudencia Argentina 2005-II, 7.

STIGLITZ, RUBÉN S. y STIGLITZ, GABRIEL, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

SZMUCH, MARIO GABRIEL, "Inexistencia del estado de propiedad horizontal. El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad", en *Revista del Notariado*, nro. 924, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

TACHELLA, DIEGO HERNÁN, "Propiedad Horizontal. Nulidad de asamblea. Falta de legitimación activa del administrador no propietario removido", Doctrina Judicial 22-05-2013, La Ley Online AR/DOC/877/2013, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala L, "Basar Vace c/ Consorcio Propietarios Malabia 2344 s/nulidad de acto jurídico", 02/11/2012.

TOLOSA, PAMELA y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, "La protección de los derechos de incidencia colectiva en el nuevo Código Civil y Comercial", Sección Doctrina de http://www.nuevocodigocivil.com/.

TOLOSA, PAMELA, "Daños de incidencia colectiva: sobre conceptos y consecuencias sociales", Diario DPI, Diario Civil y Obligaciones Nro. 65, 21-03-2016.

- "La noción de derechos de incidencia colectiva en el nuevo CCyC" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, febrero 2016, número 2, pp. 39-46.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Responsabilidad por daños sufridos por la caída de un consumidor en un supermercado, provocada por pisos en mal estado", diario La Ley del 2 de mayo de 2011, La Ley 2011-C, 1.

VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., "No toda cláusula contractual puede ser declarada abusiva", en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, Año III, nro. 5, 2012.

VERBIC, FRANCISCO, "La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2009-I.

VILLANUSTRE, CECILIA A., "Modificación por vía judicial del reglamento de copropiedad y administración del consorcio de propietarios de propiedad horizontal", La Ley 2000-B, 532, La Ley Online AR/DOC/804/2001, comentario al fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala D, **"**Construcciones de Luca S.R.L. c/ Consorcio de Propietarios Echeandía 4841/47", 15/07/1998.

VILLARO, FELIPE PEDRO, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, 2da. edición, Buenos Aires, Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 1999.

VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *Sociedades Comerciales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997, t. 1.

WAJNTRAUB, Javier H., "Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", Jurisprudencia Argentina 2008-II-1286 - SJA 28/5/2008, Lexis Nº 0003/013849.

- "Primeras reflexiones acerca del nuevo reglamento sobre cláusulas abusivas (resolución de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor 53/2003)", Jurisprudencia Argentina 2003-II-989.
- *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2004.
- "Los contratos de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y en la ley 24.240", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* 2014-2: problemática contractual, contratos en particular, 2014.

ZENTNER, DIEGO H., *Contrato de consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

FALLOS CONSULTADOS (ordenados por fecha ascendente)

Cámara Nacional Civil, Sala A, "Motte, Otto y Cía. Ltda. S.A. c/ Consorcio de propietarios calle Córdoba 1451/67", 23/05/1958, La Ley 91-227.

Cámara Nacional Civil, Sala D, "Guibert, y Cía. S.A. c/ Productos Químicos CIBA S.A.", 05/09/1961, La Ley, 105-132.

Cámara Nacional Civil, Sala D, "Aste Sturla, Juan F. c/ Consorcio de Propietarios Edificio Coronel Díaz 1979/1983", 22/11/1961, Jurisprudencia Argentina 1961-IV, 203.

Cámara Nacional Civil, Sala A, "Palcos de Silberstein, Beatriz c/ Consorcio de propietarios Larrea 1045", 10/07/1964, El Derecho 8-562.

Cámara Nacional Civil, Sala E, "Tacridy de Pérez, Blanca c/ Consorcio de Propietarios Salta 441/44/46", 30/07/1968, El Derecho 27-426.

Cámara Nacional Civil, Sala F, "Kostzer, Moisés c/ Consorcio de Propietarios Lavalle 1525", 12/11/1968, La Ley 137-486, con nota de GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, ÁLVARO, "La liberación del pago de expensas comunes".

Cámara Nacional Civil, Sala B, "Garrido, Jorge E. y otros c/ Consorcio de Propietarios Alsina 513/23", 14/04/1970, La Ley 141-637.

Cámara Nacional Civil, Sala A, "Barmat, Natalio c/ Consorcio de propietarios Medrano 506", 20/12/1973, Jurisprudencia Argentina 21-974, 530.

Cámara Nacional Civil, Sala F, "Arromal S.A. c/ Consorcio Jean Jaures 702/8", 29/05/1974, La Ley 1975-B, 82, con nota de LAQUIS, MANUEL ANTONIO, "Los servicios comunes y la obligación por las expensas de los propietarios de locales. Función del uso".

Cámara Nacional Civil, Sala A, "Selección Once S.A. c/ Consorcio de Propietarios Corrientes 2290/94/300", 30/10/1974, La Ley 1975-B, 79.

Cámara Nacional Civil, Sala A, "Vilar, Amadeo c/ Consorcio de Propietarios Viamonte 1487/1499", 19/12/1976, Repertorio La Ley XXXVIII-J-Z-1693, sum. 61.

Cámara Nacional Civil, Sala B, "Chinni, José E. c/ Consorcio de Propietarios Uruguay 763/767", 09/02/1978, La Ley 1978-B, 580 y El Derecho, 77-326, con nota de Mario Bendersky.

Cámara Nacional Civil, Sala A, "García, José A. c/ Consorcio de Propietarios Güemes 4484/86", 17/03/1978, La Ley 1978-B, 572.

Cámara Nacional Civil, Sala D, "Sercol S.C.A. c/ Consorcio Pedro Goyena 69/71", 29/09/1978, Jurisprudencia Argentina 1980-I, 63.

Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala VI, "Hauserman, José J. c/ Consorcio de Propietarios Camargo 843/47", 12/12/1978, La Ley 1979-A, 273, La Ley Online AR/JUR/3526/1978.

Cámara Nacional Civil, en pleno, “Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón”, 28/02/1979, LA LEY1979-A, 528, El Derecho 82-141.

Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, “Bircher, Mabel D. c/ Dietrich, Roberto A.”, 26/04/1979, Repertorio La Ley XXXIX-291, nro. 256, La Ley Online AR/JUR/3511/1979.

Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala V, “Casulo, Eddie I. c/ Consorcio de propietarios Soler 4488/90”, 03/09/1980, El Derecho 101-443.

Cámara Nacional Especial Civil, Sala IV, “Korin de Rodriguez, María I, c/ Consorcio Tucumán 2179/2181”, 14/11/1980, Jurisprudencia Argentina 1981-II, 785.

Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala VI, “Aleksander Efroim y otros c/ Consorcio de Propietarios Avenida Santa Fe 1823/25/27/29”, 03/04/1981, El Derecho 93-783.

Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala III, “Bartolucci, Antonio y otros c/ Ontiveros, Carlos y otros”, 13/11/1981, Repertorio El Derecho 17-783.

Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala VI, “Steiner, Miguel A. y otros c/ Consorcio Rivadavia 3990/4000”, 24/08/1982, Repertorio La Ley XLIII, J-Z, nro. 1693, sum. 61, El Derecho 101-441.

Cámara Nacional Especial y Civil y Comercial, Sala 4ta, “Fernández de Grisolía, María N. c/ Consorcio de Propietarios Gral. Hornos 892/894”, 16/05/1983, El Derecho 105-686 y Repertorio La Ley XLIV, J-Z, sum.37.

Cámara Nacional Civil, en pleno, “Alvear 1850 SRL c/ Taub, Luis”, 26/03/1985, La Ley, 1985-B, 423, Jurisprudencia Argentina 1985-II, 153 y El Derecho, 113-264.

Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, “De la Torre, Carlos c/ Consorcio de Propietarios Edificio Chiclana 681”, 18/09/1987, La Ley 1988-A, 468, El Derecho127-399, La Ley Online AR/JUR/1982/1987.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, “Rojas, Rolando I. c/ Huarpe, Coop. de seguros”, 24-05-1988, La Ley 1989-E, 15, con nota de Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz.

Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial La Plata, Sala III, “Ferrando, Isabel c/ Consorcio de Propietarios calle Diagonal 80 entre 42 y 116 s/ Daños Y Perjuicios”, 25/04/1989, Base Juba sumarios B 350068 y B 350072.

Cámara Nacional Civil, Sala G, “Consorcio de Propietarios Uruguay 627 c/ Schifer, Claudio y otros”, 24/04/1991, El Derecho 146-147.

Cámara Nacional Civil, Sala F, “Lòpez de Lucini, Marìa E. c/ Consorcio Guayaquil 200”, 16/09/1991, Jurisprudencia Argentina 1992-III,169, La Ley 1991-E-529 y Doctrina Judicial 1992-1, 430.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, “Caretta Pons de Zeballos, Cecilia A. y otros c/ Consorcio de Propietarios Rivadavia 38-42-46”,18/12/1991, Doctrina Judicial 1992-2, 565, La Ley Online AR/JUR/251/1991.

Cámara Nacional Civil, Sala E, “Consorcio Agüero 927/35 c/ Riesco, S.A.”, 11/8/1993, La Ley 1994-B, 113, Doctrina Judicial 1994-1, 823, La Ley Online AR/JUR/2007/1993.

Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial La Plata, Sala III, “Bensujan, Alberto J. c/ Consorcio de Propietarios Avda. Mitre s/ Daños y perjuicios”, 14/04/1994, Infojus: FA94010381.

Cámara Nacional Civil, Sala H, “Carrefour Argentina S.A. c/ Kids And Co S.R.L.”, 22/09/1994, La Ley 1995-C, 18.

Cámara Nacional Civil, Sala K, “Consorcio Av. Libertador Gral. San Martín 102/118 c/ Rodríguez Berón de Araujo, Mabel Cecilia s/sumarísimo”, 17/10/1994, La Ley Online AR/JUR/140/1994.

Cámara Nacional Civil, Sala H, “Consorcio de propietarios Capitán Gral. Ramón Freire 2691/93 c/ Investors SA” 28/05/1996, *La Ley*, 1997-D, 864.

Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala II, “Municipalidad de Tandil c/ TA La Estrella S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios” 22/10/1996, El Derecho 171-378.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina –AGUEERA- c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Acción declarativa”, 22/04/1997, SAIJ: FA97000121.

Cámara Nacional Comercial, Sala C, “Cannizzaro, Juan C. c/ Banco Mercantil Argentino”, 30/09/1997, La Ley, 1998-B, 656.

Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “Martinelli, José c/ Banco del Buen Ayre”, 20/11/1997, La Ley Buenos Aires 1998-511.

Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala V, "Mazzei Smurra S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones", 25/11/1997, La Ley 1999-D, 776.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6ª Nominación de Córdoba, 07/04/1998, Callegher, Jorge A. y otros, La Ley 1998-E, 784, La Ley Córdoba 1998, 853, La Ley Online AR/JUR/4074/1998.

Cámara Nacional Civil, Sala D, “Construcciones de Luca S.R.L. c/ Consorcio de Propietarios Echeandía 4841/47”, 15/07/1998, La Ley 2000-B, 532, con nota de Cecilia Adriana Villanustre; Doctrina Judicial 2000-1, 783, La Ley Online AR/JUR/1585/1998.

Cámara Nacional Civil, Sala F, “Debernardi, María Inés y otro c/ Consorcio de Propietarios Riobamba 178”, 17/09/2008, La Ley Online AR/JUR/10541/2008.

Cámara Nacional Comercial, Sala B, “P. Campanario S.A. c/ Plan Óvalo S.A.”, 24/09/1998, Jurisprudencia Argentina 1999 II, 13.

Cámara Nacional Civil, Sala F, “Consorcio Blanco Encalada 4692/98 c/ Martín, Susana”, 08/10/1998, La Ley Online AR/JUR/4526/1998.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Romero Victorica de Del Sel, María del R. c/ Qualitas Médica S.A. s/Ordinario", 15/12/1998, El Derecho 181-324, La Ley 1999-B, 118.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala II, “Consorcio Propietarios Lacons-I c/ Scialabba, Mariano s/ Ejecución de expensas”, 14/05/1999, Base Juba, sumario B2950596.

Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala I, “Front S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones",13/07/1999, Jurisprudencia Argentina 1999-IV, 343.

Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “Strapko, Andrés s/Autorización Judicial”, 23/11/1999, Base Juba, sumarios B1402954 y B1402952.

Cámara Nacional Civil, Sala C, “Stasevich, Graciela Beatriz y Otro c/ Vicente López 356 S.A. S/ Cumplimiento de Contrato”, 17/02/2000, Lexis Nº 10/8374, Jurisprudencia Argentina 2000-IV, 730.

Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala I, “Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A. s/Responsabilidad por daños”, 16/03/2000, La Ley 2000-C-399.

Cámara Nacional Civil, Sala A, “Nuin, Guillermo José c/ Consorcio de Propietarios Juan B. Alberdi 920 s/ Modificación de reglamento de copropiedad”, 27/03/2000, SAIJ: FA00020153.

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Lloyds Bank Ltd. c/ Secretaría de Comercio”, 22/08/2000, Lexis N°70004386.

Cámara Nacional Civil, Sala H, “Grosso, M. c/ Cons. de Prop. Paraná 465/7”, 04/09/2000, Lexis Nexis doc. 10.8665.

Cámara Nacional Civil, Sala C, “Consorcio Defensa 649/673 c/ Propietario de la U.F. nro. 1 de Defensa 649”, 30/11/2000, Jurisprudencia Argentina 2001-II, 689.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Consorcio de Copropietarios Edificio Olague VIII c/ Nuin, Mario s/ Infracción a la Ley 13.512”, 06/06/2001, base Juba Sumario B25743.

Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, “Paredes Andrés S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ contrato administrativo”, 09/08/2001, inédito.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “De Blasi de Musmeci, Claudia c/ Sevel Argentina S.A. y otros”, 05/10/2001, Jurisprudencia Argentina 2002-II-346.

Cámara Nacional Comercial, Sala C, “Martín, Raúl P. c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 01/02/2002, La Ley 2002-D, 560.

Cámara Nacional Comercial, Sala D, “Bear Service S.A. c/ Cervecería Modelo S.R.L.”, 22/02/2002, La Ley 2002-D, 7.

Cámara Nacional Comercial, Sala D, “To Talk S.A. C/ Minifon S.A.”, 11/09/2002, El Derecho 202-480.

Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala II, “Locutel S.A. c/ Telefónica de Argentina S.A.”, 06/02/2003, La Ley 2003-E, 651.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Consolidar AFJP S.A c/ Triunfo Cooperativa de Seguros Limitada", 10/06/2003, Jurisprudencia Argentina 2004-III, 432.

Cámara Contencioso Administrativo Ciudad de Buenos Aires, Sala I, “Deautos S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, 05/11/03, La Ley 2004-B, 653.

Cámara Nacional Civil, Sala E, “Porcel, Margarita c. Fernández, Juan Carlos y otros”, 13/11/2003, La Ley 2004-C, 754, La Ley Online AR/JUR/5092/2003.

Cámara Nacional Civil, Sala C, “Alberti, Rosemary c/ Consorcio Pedernera”, 12/03/2004, Doctrina Judicial 2004-3, 655, AR/JUR/2474/2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”, 14/09/2004, Fallos 327:3677.

Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala II, “Constructora Berutti S.A. s/quiebra s/incidente de escrituración”, 27/09/2005, La Ley Buenos Aires 2006-7, 757.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Buenos Aires”, 04/10/2005, Id. SAIJ: FA05983302.

Cámara Nacional Comercial, Sala D, “Zuccotti, Horacio c/ Barrio Cerrado S.A.”, 31/10/2005, Doctrina Judicial del 22 de febrero de 2006, Jurisprudencia Argentina 2006-I, 561.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quilmes, Sala I, “Consorcio Propietarios Terrazas de Quilmes Torre I c/ Baprisud S.A. s/ Daños y Perjuicios”, 15/12/2005, base Juba Sumario B2903324.

Cámara Nacional Comercial, Sala A, “Banco Río de la Plata SDA c/ N., R y otro s/sumario”, 08/06/2006, elDial.com, 24 de agosto de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/Acción de Amparo”, 31/10/2006, Fallos: 329:4741.

Cámara Nacional Civil, sala M, “Consorcio de Propietarios Avenida Quintana 560/564 c/ Artigas, Enrique J.”, 09/11/2006, Doctrina Judicial 2007-I, 407.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, 06/03/2007, La Ley 2007-B, 261, con nota de Atilio A. Alterini.

Cámara Nacional Civil Sala D, “Bellaggio, Alberto L. y otros c/ Consorcio de Propietarios Hipólito Yrigoyen 2283/87”, 08/05/2007, La Ley Online AR/JUR/2130/2007.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, “Medina, Andrés c/ Pilay S.A.”, 27/07/2007, La Ley Litoral, noviembre de 2007, p. 1121, La Ley Online AR/JUR/5033/2007.

Cámara Nacional Civil, Sala G, “Cilmapel S.A. c/ Rimoldi, Silvia Haydee”, 18/09/2007, La Ley Online AR/JUR/6841/2007.

Cámara Nacional Civil, Sala E, “Luraschi, Diego Ernesto c/ Consorcio de Propietarios Anasagasti 2062/64”, 12/02/2008, Doctrina Judicial, 29/10/2008, 1823, La Ley Online AR/JUR/412/2008.

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, "Carmona, Liliana del Carmen c/ Natania Coop. de Vivienda y Consumo Ltda. y otros", 18/03/2008, La Ley Gran Cuyo, julio de 2008, p. 600.

Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, “Jofre, Jorge Armando c/ COMASA S.A. y otro”, 12/08/2008, La Ley Patagonia 2008, diciembre, 544 con nota de Esteban Javier Arias Cáu, La Ley Online AR/JUR/8793/2008.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Choqui, Néstor Petronio c/ Coop. Viv. pers. YPF Gral. Mosconi”, 17/09/2008, SAIJ: FA08995876, La Ley Online AR/JUR/9124/2008 y Base Juba B30070.

Cámara Nacional Civil, Sala A, “Aiello, Marcelo Gustavo y otros c/ Las Marías S.C.A.”, 22/12/2008, La Ley On Line AR/JUR/22204/2008.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.- ley 25.873 dto. 1563/04- s/ amparo ley 16.986”, 24/02/2009, Fallos: 332:111, La Ley, 2009-B, 157.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, “Consorcio de Propietarios Parque Aranda c/ Lentino, José s/ Sumario”, 29/04/2009, Base Juba B25744.

Cámara Nacional Civil, Sala C, “Tacco Calpini S.A. c/ Renault Argentina S.A. y otro”, 06/03/2009, SJA 5/8/2009.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Defranco Fantín, Reynaldo Luis c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y otros”, 07/04/2009, Fallos: 332:752; diario La Ley del 4 de mayo de 2009.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, “Consorcio de Propietarios Parque Aranda c/ Lentino, José s/ Sumario”, 29/04/2009, Base Juba, Texto Completo.

Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “Olmos, Laura María Angélica c/ Coop. Vivienda Consumo y Cred. Gualcamayo Ltda. y ots.”, 27/05/2009, La Ley Gran Cuyo, agosto de 2009, p.672, La Ley Online AR/JUR/10723/2009.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Scaglione, Eduardo Luis c/ La Buenos Aires Seguros S.A. s/ Cobro de pesos", 10/06/2009, Base Juba, Texto Completo.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/Despido", 01/09/2009, Fallos 332:2043.

Cámara Nacional Comercial, Sala B, "Cantarella, Lidia Juana y otro c/ Brenna y Asociados S.A.", 21/10/2009, La Ley 2010-B, 81.

Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y ots." 11/02/2010, La Ley Online AR/JUR/1752/2010.

Cámara Contencioso Administrativo Ciudad de Buenos Aires, Sala II, "Tele Red Imagen S.A. c/ DINCI", 18/02/2010, RCyS 2010-V, 156.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil Para su Defensa c/ Beldos S.A.", 31/08/2010, La Ley Online, AR/JUR/81859/2010.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro Ejecutivo", 01/09/2010, Base Juba Texto Completo.

Cámara Nacional Comercial, Sala F, "Playa Palace S.A. c/ Peñaloza Leandro Hipólito s/ ordinario, incidente de ejecución de sentencia", 05/10/2010, MJ-JU-M-60868-AR.

Cámara Nacional Civil, Sala F, "F. R. C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", 03/03/2011, La Ley 2011-B, 406, La Ley Online AR/JUR/1741/2011.

Cámara Civil y Comercial 4ta. de Córdoba, "Tarjeta Naranja S.A. c/ Prunello, Mirian S.", 09/02/2012, La Ley Online AP/JUR/68/2012.

Cámara Nacional Civil, Sala G, "Pesqueira, Liliana Cristina y otro c/ Consorcio Propietarios Avenida Directorio 1204 s/ Nulidad de Asamblea", 02/07/2012, La Ley 2013-A, 229, con nota de Diego Hernán Tachella "Nulidad de asamblea. Modificación de cláusulas del reglamento de copropiedad relativas al destino de las unidades".

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, "Tarda, Raúl Gustavo y otros c/ Magin S.A. s/nulidad de clausulas contractuales", 04/10/2012, La Ley Online AR/JUR/68342/2012.

Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, "Sumarísimo por Defensa del Consumidor: Chambi, Carlota c/ Ibáñez, Teresita Beatriz y Grupo Noa Estudio Inmobiliario", 24/10/2012, Infojus: NV3714.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina S.A. - Reclamo contra actos de particulares", 06/11/2012, Base Juba Texto Completo.

Cámara Nacional Comercial, Sala C, "Consena Seguros S.A. c/ Club Combate San Lorenzo S.C. s/ ordinario", 11/07/2013, La Ley Online AR/JUR/49985/2013.

Cámara Nacional Civil, Sala H , “Crespo Elvira y otros c/ Cons. Edif. Caribe II Calle Fortunato de la Plaza 1806 s/acciones del artículo 15 de la ley 13.512”, 13/11/2013, La Ley Online AR/JUR/82523/2013.

Cámara Nacional Comercial, Sala D, “HSBC Bank Argentina S.A. c/ Mora, Melisa Elizabeth s/ secuestro prendario”, 23/12/2013, La Ley Online AR/JUR/96795/2013.

Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I, “López, Rodolfo Ernesto y otro c/ Círculo de Vivienda S.H. s/Consignación de sumas de dinero”, 29/04/2014, SJA 11-03-2015, Jurisprudencia Argentina 2015-I, 68.

Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Bawil S.A. c/ D.N.C.I. – Disp. 79/13”, 26/08/2014, La Ley Online AR/JUR/50000/2014.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”, 23/09/2014, elDial.com AA8A68, publicada el 02/10/14.

Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, “Lebed, Alejandro Gabriel c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/Daños y Perjuicios Por Incumplimiento Contractual”, 26/03/2015, inédito.

Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala I, “Mc Coubrey, Albert Kurt y otros c/ Civitas S.H. y otros s/ Consignación de sumas de dinero”, 07/04/2015, inédito.

Cámara Nacional Civil, Sala B, “Song, Eun King y otro c/ Consorcio de Propietarios Concordia 674 y otro s/ Nulidad de Asamblea”, 30/03/2016, Diario DPI Civil y Obligaciones, año 2, nro. 71.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/BankBoston N.A. s/Sumarísimo”, 21/03/2017, CSJ 717/2010 —46-P— /CS1.

Cámara Nacional Civil, Sala K, “Labaton, Eduardo David c/ Chami, Saúl y otro s/ Cumplimiento de contrato”, 05/05/2017, Rubinzal Culzoni Web, sumario J 3673/17).