

Cajaraville, Juan Carlos

Naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas

The legal nature of the horizontal regulation, the real estate consumer tutelage and the unfair contractual terms

Prudentia Iuris, N° 84, 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Cajaraville, J. C. (2017). Naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas. [en línea]. *Prudentia Iuris*, 84.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/naturaleza-juridica-propiedad-horizontal.pdf>
[Fecha de consulta:.....]

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO DE
PROPIEDAD HORIZONTAL, LA TUTELA DEL CONSUMIDOR
INMOBILIARIO Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

*The legal nature of the Horizontal Regulation, the real estate consumer
tutelage and the unfair contractual terms*

Juan Carlos Cajarville¹

Aprobado: 28 de junio de 2017

Recibido: 19 de agosto 2017

Resumen: El siguiente ensayo analiza la naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal, para así determinar si ante la existencia de cláusulas abusivas se podrían aplicar al Régimen de Propiedad Horizontal, los principios y las normas de la Ley de Defensa del Consumidor. Para ello, nos preguntamos qué es un contrato de adhesión, cuáles son sus caracteres, y cuál es su incidencia en el instituto señalado.

A partir de ello, se trae a colación el instituto de la tutela del consumidor inmobiliario, que nos brinda un amplio paraguas de protección legal y tiene gran incidencia no solo en nuestros ámbitos académicos, sino también en el día a día de la sociedad toda.

Finalmente, se estudia la incidencia del principio protectorio de la buena fe en las cláusulas reglamentarias, dándonos el puntapié inicial para estudiar –y por qué no ejemplificar– cláusulas en las que el contratante dominante consigue incluir previsiones que alteran las recíprocas posiciones de las partes vinculadas, generando un notable y ostensible desequilibrio de los derechos acordados.

Palabras claves: Naturaleza jurídica - Reglamento de Propiedad Horizontal - Defensa del consumidor inmobiliario - Cláusulas abusivas - Contrato de adhesión.

1 Abogado (UCA), asociado en Estudio Jurídico Notarial González Gil, docente (2012-2014) de la cátedra de Derechos Reales del Dr. Castro Hernández, correo electrónico: juan.cajarville@gmail.com.”

Abstract: This essay analyzes the legal nature of the Horizontal Regulation, in order to determine, given the existence of unfair contractual terms, that the principles and rules of the consumers protection could be applied to the real legal Estate system. Therefore, we ask ourselves what is an adhesion contract? What characters does it have? And what influence does it have in the Institute indicated?

On that basis, it brings up to our attention the real Estate consumer tutelage institute, which gives us a broad defiance to legal regulation, and has a large impact not only among the academic field, but also in society day-to-day life.

Lastly, the influence of the good faith principle at the co-property regulation is studied, giving us the starting point to study and exemplify clauses stipulated under which the dominant contract party includes contractual terms that alter or disturb their respective positions, and break the balance of their rights and obligations.

Keywords: Legal nature - Horizontal Regulation - Consumer protection - Real estate consumer - Unfair contractual terms - Contract of adherence.

Para citar este texto:

Cajarville, J. C. (2017). “La naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 191-223.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará la naturaleza jurídica del “Reglamento de Propiedad Horizontal” (en adelante, “el Reglamento”), para así determinar si ante la existencia de cláusulas abusivas se podría aplicar, al Régimen de Propiedad Horizontal, los principios y las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

Para ello, es conveniente que previamente repasemos los recaudos que todo inmueble que se pretenda someter al Régimen de la Propiedad Horizontal debe cumplir. En otras palabras –y sin ánimo de detenernos en profundidad con dicho análisis–, los *requisitos para la afectación al Régimen de Propiedad Horizontal*²: 1) Por un lado, “administrativos”, como la aprobación del plano de edificación, la obtención del certificado de inspec-

2 Conf. Papaño, R.; Kiper, C.; Dillón, G.; Causse, J. (1995). *Derechos Reales*. Tomo II. Buenos Aires. Depalma, 6-7.

ción final de obra y la aprobación del plano de subdivisión. 2) Por otro lado, el requisito “jurídico” –*que será objeto de estudio en el presente*–, es decir, la redacción y confección del Reglamento, y su posterior inscripción en los registros pertinentes.

Tales requisitos surgían de la letra misma del instituto aquí en estudio, del cual se desprendían –en la legislación derogada– dos términos. Por un lado, reglamento “de copropiedad”, en virtud de que describe las partes del edificio y la proporción en que las privativas participan en las comunes. Por otro, “y administración”, dado que debe hacer referencia al funcionamiento de los órganos del consorcio.

Sin embargo, con las modificaciones incorporadas por la Ley N° 26.994, se debe “puntualizar que el Código Civil y Comercial de la Nación (vigente a partir del 1° de agosto del año 2015, en adelante, CCCN) no habla de copropiedad sobre partes comunes, como sí lo hace el art. 2° de la Ley N° 13.512, sino que la propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno y cosas y partes de uso común. Esta falta de mención a la copropiedad coincide con el criterio sustentado en el Capítulo 4, cuyo título es ‘Reglamento de Propiedad Horizontal’. Así, si el derecho es de propiedad horizontal, el Reglamento también es de *propiedad horizontal*, haciendo referencia directa a lo principal del régimen (la unidad privativa) y no a lo accesorio (el condominio de indivisión forzosa sobre partes comunes)”³.

A diferencia de la Ley N° 13.512, el nuevo Código define en su art. 2037 el Derecho Real de propiedad horizontal como: “[...] el Derecho Real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo Reglamento de Propiedad Horizontal. Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”. Por lo que podríamos decir que se trata de un Derecho Real autónomo, compuesto de partes comunes y partes privativas, inescindiblemente vinculadas, e interdependientes, así como las facultades que sobre ellas tienen los titulares de dominio.

II. La constitución del Régimen de Propiedad Horizontal

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico –tanto en el régimen vigente, como en el derogado–, que no contiene concepto alguno del instituto

3 Conf. Rivera, J. C. (2016, 13 de septiembre). “El Código Civil y Comercial. Algunas repercusiones en el derecho patrimonial”. Recuperado en *elDial.com* - DC21CE.

“Reglamento de Propiedad Horizontal”, encontramos en el Derecho Comparado colombiano (específicamente, en el art. 3° de la Ley N° 675/2001) una serie de definiciones que resultan atinentes a lo estudiado en el presente trabajo: “Para los efectos de la presente ley se establecen las siguientes definiciones: *Régimen de Propiedad Horizontal*: Sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, construido o por construirse. *Reglamento de Propiedad Horizontal*: Estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al Régimen de Propiedad Horizontal”.

Tal es así, que el autor Pinzon Caicedo conceptualiza al Reglamento como “el documento con el cual se definen las reglas de convivencia, derechos y obligaciones que existen para los copropietarios o habitantes de un conjunto o edificio”⁴.

Atento a la nueva legislación vigente, el art. 2038, CCCN, reza: “Constitución. A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el Reglamento de Propiedad Horizontal, que debe inscribirse en el Registro Inmobiliario. El Reglamento de Propiedad Horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”.

Parte de nuestra doctrina⁵ considera que “la redacción de la norma resalta la autonomía de este derecho al denominar al Reglamento como de ‘propiedad horizontal’ y no como de ‘copropiedad’. La forma del Reglamento sigue siendo –acertadamente– la escritura pública, la que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. El Reglamento –con la forma impuesta– es requisito esencial para dividir jurídicamente un inmueble en propiedad horizontal”. A su vez, “la nueva normativa identifica correctamente a los legitimados para otorgar el Reglamento. Estos son el titular del dominio y, en caso de que el inmueble se encuentre en condominio, los condóminos”.

Si bien dicha legitimación se encontraba prevista por la legislación derogada, se unifica y clarifica la situación jurídica que anteriormente se debía armonizar entre el art. 9° de la Ley N° 13.512 y el art. 1° del Decreto N° 18.734/1949, evitando así disquisiciones doctrinarias.

4 Pinzon Caicedo, W. O. (2007). “Lo que deben conocer de seguros los administradores de copropiedades, consejos de administración y copropietarios para contratar el seguro de propiedad horizontal exigido por la Ley N° 675, de 2001”. Chía, Colombia. Universidad de La Sabana, 18. Recuperado de file:///C:/Users/Administrador/Dropbox/FACULTAD/MATERIAS%20FACU/Derechos%20Reales/NAT.%20JUR.%20REGLAMENTO%20COP/Reglamento%20cvopropiedad/Derecho%20comparado.%20Reglamento.pdf

5 Bueres, A. J. (dir.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires. Hammurabi, 362.

Vale destacar que, “de esta manera, el estatuto consorcial consagra el estado de propiedad horizontal, finalizando con el período de la denominada, equívocamente, pre-horizontalidad, que en rigor es pre-propiedad horizontal. Se consagra, de éste modo, un principio doctrinario y jurisprudencial unificado acerca de que el Reglamento de Propiedad es *integrativo del título de propiedad horizontal*. Así, se da por terminada con la facultad de que la primera asamblea del Consorcio redacta el Reglamento, como lo exigía el art. 9° de la Ley N° 13.512, que en la práctica nunca se producía, pues en base a lo que dispone el art. 1° del Decreto Reglamentario N° 18.734/1949, se faculta a toda persona física o jurídica que se dispusiera a dividir horizontalmente un edificio construido, en construcción o a construir, a redactar el Reglamento, que es lo que realmente sucede”⁶. Situación que analizaremos en el apartado siguiente.

III. El estado de propiedad horizontal

Si bien algunos autores, como Llambías, entienden que “el Reglamento de Copropiedad es el acta de nacimiento del consorcio”, otros doctrinarios –como A. Abella– consideran que dicha postura no es del todo exacta. En efecto, cabe advertir que lo que produce el Reglamento es el “estado de propiedad horizontal”, pero no el nacimiento de los diversos derechos de propiedad horizontal que coexistirán en el inmueble. Este nacimiento de los derechos de propiedad horizontal, aun cuando requiere como requisito indispensable el previo o simultáneo registro del Reglamento (art. 2038), sólo operará al cumplirse los requisitos comunes exigidos por el CCCN (título suficiente y modo suficiente)⁷.

La autora mencionada afirma que “inscripto el Reglamento de Copropiedad (en ‘estado de propiedad horizontal’), media un agrupamiento de ‘futuros copropietarios’, éstos configurarán sólo un ‘consorcio de hecho’ o ‘preconsorcio’. Únicamente cuando nazcan los distintos derechos de propiedad horizontal, sea por división de condominio y adjudicación de unidades funcionales o por la enajenación de alguna de ellas, se constituirá un ‘consorcio (propriadamente dicho)’ o un ‘consorcio de derecho’”. En otras palabras, el Derecho Real de propiedad horizontal “nace” con la primera enajenación de un departamento o con la adjudicación a título de división de condominio

6 Resqui Pizarro, J. C. (2014, 13 de noviembre). “Aproximaciones al nuevo Código Civil y Comercial en lo referido a la propiedad horizontal”. Recuperado en *elDial.com* cita online: DC1E06.

7 Conf. Abella, A. N. (2012). “Propiedad horizontal. Cuestiones planimétricas. Desafectación”. *Revista del Notariado* 895. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/325/2012.

de las unidades funcionales –siempre que se cumplan los requisitos para la adquisición derivada de Derechos Reales sobre inmuebles por actos entre vivos–, y al mismo tiempo tiene origen el consorcio de copropietarios (de derecho) con personalidad jurídica propia.

Se debe subrayar que dicha personalidad es receptada expresamente por la letra del art. 2044, CCCN, según la cual “el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la *persona jurídica consorcio*. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del Régimen de Propiedad Horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios, instrumentado en escritura pública, o por resolución judicial, inscrita en el Registro Inmobiliario”.

Por último, como hemos señalado, el art. 2038 dispone que el nacimiento del estado de propiedad horizontal se materializa a través de la inscripción del Reglamento de Propiedad Horizontal en el respectivo Registro de la Propiedad. “De su letra se lee la expresión ‘división jurídica’, con lo cual, si bien se mantiene el mecanismo establecido en el art. 9º de la Ley N° 13.512, en torno al sometimiento del inmueble edificado al Derecho Real de propiedad horizontal, al emplear tal locución se prevé el establecimiento de otros requisitos que deberán cumplirse a los fines de la constitución. Tales requisitos serán los de carácter administrativo, que integran parte de otra rama del Derecho y hacen a la estructura del edificio. Asimismo, y si bien el CCCN habla de ‘edificio’, también debe considerarse que pueden someterse las construcciones horizontales que cumplan con la normativa administrativa vigente. Es decir, tendrá el mismo ámbito de aplicación que el otorgado por el art. 1º de la Ley N° 13.512, conforme refiere el art. 2039 del CCCN”⁸.

Queda claro, entonces, que respecto a las formalidades de su otorgamiento, en ambos supuestos, la forma requerida para el Reglamento es la escritura pública. Ahora bien, no debemos confundir éste instrumento público, con aquel que sirva de título suficiente para adquirir el derecho de propiedad horizontal –independientemente de que el Reglamento sea parte integradora del título del copropietario.

IV. El Reglamento y su imperatividad

A lo largo de los años, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha afirmado que el Reglamento y sus cláusulas integran el título de los copro-

8 Smayevsky, M. y Penna, M. A. (mayo 2015). “Nuevos aspectos del Derecho Real de propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)”. Recuperado en *El Derecho*, cita online: ISSN 1666-8987. N° 13.726. Año LIII. ED 262.

pietarios y resultan obligatorias para todos los propietarios –como también para quienes disponen del uso y goce de la unidad funcional–, por el solo hecho de ser titulares de dominio.

El Reglamento se considera parte integrante del título de propiedad y recíprocamente la obligación de reconocimiento del nuevo adquirente, toda vez que reúna los requisitos normales y condiciones que el mismo establece. Juega un importante papel en las relaciones entre los copropietarios, al prever minuciosamente toda divergencia que pueda suscitarse entre ellos y resolviéndolas con espíritu de equidad y de justicia; y siendo parte integrante de la misma escritura traslativa de dominio⁹.

Esta postura fue receptada por el CCCN, cuyo art. 2038 reza: “[...] El Reglamento de propiedad y administración se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”. Se establece, así, una presunción *iuris et de iure*, que el propietario conoce y acepta el contenido del Reglamento. Ello se debe a que el Reglamento *forma parte de la causa del Derecho Real de propiedad horizontal*. Las cláusulas de aquél conforman el estatuto de la prerrogativa real junto con la regulación prevista en la ley.

Por lo tanto, “sus disposiciones son de cumplimiento obligatorio para todos y cada uno de los propietarios, salvo en cuanto a una o algunas de ellas, que pudieran contrariar, alterar o desvirtuar determinaciones de la Ley N° 13.512 (actualmente, normas del CCCN) que deban considerarse de orden público”¹⁰. Debemos aquí señalar, que también será obligatorio para todos los ocupantes del inmueble, ya que, en caso contrario, los copropietarios se encontrarían en una situación más desventajosa que estos últimos, quienes quedarían liberados de respetar el contenido del mismo.

V. Naturaleza jurídica del Reglamento

Teniendo en consideración el análisis realizado por Soligo Schuler¹¹, resulta adecuado en este apartado distinguir las diferentes corrientes adoptadas por los teóricos argentinos:

- i) La doctrina argentina mayoritaria considera que la naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal es: a) Por un lado, un

9 Conf. Bendersky, M. J. (2012). “El reglamento de copropiedad redactado por el ‘propietario-vendedor’”. Recuperado en *La Ley* 91, 227 LLO. Cita Online: AR/DOC/452/2012.

10 Ídem.

11 Conf. Soligo Schuler, N. A. (2012). “Naturaleza jurídica del reglamento de copropiedad y administración”. *Revista del Notariado* 895, 77. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/312/2012.

“contrato discrecional o clásico”, cuando hay condominio (futuros copropietarios) sobre el inmueble, ya que éstos pueden negociar libremente las cláusulas; y, b) Por otro, una “oferta contractual”, cuando existe un único titular de dominio, pues falta la pluralidad de sujetos requerida por el art. 957 CCCN.

El principal fundamento de esta postura radica en que el Reglamento, como “acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de los copropietarios”, podría encuadrarse en la definición de contrato del art. 1137 del Código Civil (derogado) o del actual art. 957, CCCN, que establece que el “contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Según dicha doctrina, el mismo criterio seguía el art. 9º de la Ley Nº 13.512, dado que guiaba al intérprete en tal sentido al emplear el verbo “acordar”.

Adelantando lo que analizaremos en los apartados siguientes, el acto unilateral de oferta contiene cláusulas predispuestas que, con la aceptación del adquirente de una unidad funcional, da lugar a un “contrato de adhesión”, dado que se limita a aceptar las cláusulas, sin que le sea posible discutir las. Sin embargo, el copropietario queda obligado a cumplir todas las disposiciones del Reglamento como si hubiese participado en la redacción originaria.

En este sentido, Poirier expresa que “el Reglamento de Copropiedad es válido, ya sea convenido por los copropietarios entre sí, o que lo haya redactado un solo propietario que, poseyendo originariamente la totalidad, haya efectuado las ventas ulteriores de los departamentos sobre la base de ese Reglamento”¹².

Cabe, finalmente, resaltar que la circunstancia de que la ley establezca cláusulas imperativas en el Reglamento no obsta a la referida naturaleza, pues es frecuente en los contratos la existencia de normas de orden público que limiten la voluntad de las partes, tales como los arts. 12 (orden público y fraude a la ley), 279 (objeto del acto jurídico), 1003 (objeto del contrato) y 1004 (objetos prohibido), del CCCN.

- ii) En contraposición a la tesis señalada, Guillermo A. Borda¹³ sostiene la teoría del *estatuto normativo*, virtud de la cual “el Reglamento no es un contrato, sino un conjunto de normas jurídicas que rigen la

12 Poirier, P. (1950). *La propiedad horizontal, Condominium*. Traducida y anotada por Salas, A. E. Buenos Aires. Depalma, 238.

13 Conf. Borda, G. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo I. Buenos Aires. Perrot, 617.

vida interna del consorcio”. Entiende que “el Reglamento tiene un origen similar a los contratos ya que ordinariamente (no siempre) requiere el consentimiento unánime de los consorcistas. Pero ese consentimiento general también está en el origen de los estatutos de las asociaciones y no por ello constituyen un contrato, sino la norma interna de la asociación”. Reafirma su postura, por un lado, en razón de que las modificaciones reglamentarias sólo requieren mayorías especiales calificadas (mas no necesariamente unanimidad), y sin embargo, obligan a todos los copropietarios; por otro lado, porque los titulares de las unidades funcionales entran y salen de esta supuesta relación contractual sin el consentimiento ni conocimiento de los demás copropietarios, sino que por el solo hecho de comprar o vender un departamento (o unidad funcional). Situación que a su criterio es inconcebible en un contrato. Siendo, entonces, su doctrina concomitante con el autor francés Butera, que considera al Reglamento “como el estatuto de esta particular forma de copropiedad, que es la casa dividida por pisos”¹⁴.

A contrario sensu, los autores contractualistas han replicado que esta circunstancia no es incompatible con la teoría normativa sobre la naturaleza jurídica de los contratos, que postula al acuerdo de voluntades como una ley individual y fuente de Derecho Objetivo. Afirman que el carácter de conjunto de normas jurídicas puede subsumirse dentro de los contratos denominados “normativos”, ya que el establecimiento de reglas a las que deberán someterse las futuras relaciones jurídicas entre las partes es propio de dicha clasificación. Por lo cual, la obligatoriedad del Reglamento para los sucesores singulares surge de la necesaria adhesión que se produce al ingresar al consorcio. Asimismo –como hemos mencionado–, el Reglamento forma parte integrante del título de adquisición, no siendo obstáculo que el ingreso o egreso se efectúe sin consentimiento o conocimiento de los restantes copropietarios, ya que esta circunstancia también ocurre frecuentemente en sociedades de capital, cuya naturaleza jurídica es un contrato¹⁵.

- iii) Por último, otra parte de la doctrina considera al Reglamento como un “acto jurídico unilateral”. Según este criterio, dicha naturaleza jurídica resulta invariable, ya que no depende de la existencia de un Derecho Real de dominio o condominio sobre el inmueble edificado. Según esta postura, si se trata de un único titular dominial que afec-

14 Bendersky, M. J. Ob. cit.

15 Conf. Soligo Schuler, N. A. Ob. cit.

ta el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal, coinciden con la doctrina mayoritaria que atribuye al Reglamento la naturaleza de una “oferta contractual”. Este acto unilateral integra el ulterior acuerdo de voluntades que se perfecciona con la primera enajenación de una unidad funcional del edificio. En ese momento nace el Derecho Real de propiedad horizontal y se crea el consorcio. Sin embargo, difieren cuando el Reglamento es otorgado por los condóminos del inmueble, dado que aquí también se lo considera como un acto jurídico unilateral. A pesar de la pluralidad de sujetos, el Reglamento no sería un contrato en razón de que no se observan al momento del otorgamiento centros de interés diferenciados ni entrecruzamiento de voluntades¹⁶.

Por lo cual, el autor mencionado *ut supra* considera que “al otorgar el Reglamento de Copropiedad y Administración, las voluntades de los condóminos no se ‘cruzan’ ni se ‘oportunan’, sino que se ‘fundan’ o se ‘integran’ en una sola voluntad. Todos buscan un idéntico propósito. Por esta razón, el Reglamento tiene similar naturaleza jurídica a una oferta de venta efectuada por los dueños de una cosa. La naturaleza jurídica del Reglamento otorgado por los condóminos es un acto jurídico unilateral, plurisubjetivo, complejo e igualitario”.

VI. El Reglamento de Propiedad Horizontal como contrato de adhesión¹⁷

¿Cuál fue una de las primeras manifestaciones negociales en la que se plasmó la operatividad de los contratos por adhesión y las consecuentes cláusulas abusivas?

Cuando hablamos de contratos por adhesión y cláusulas abusivas –conforme afirma J. A. Costantino–, intuitivamente nos vienen a la mente la mayoría de las contrataciones modernas: seguros, tarjetas de crédito, medicina prepaga, informáticos, servicios telefónicos y deportivos, entre otros.

Sin embargo, una de las primeras manifestaciones legales que dio soporte obligatorio a una convención estatutaria por adhesión fue la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, que como bien sabemos, fue sancionada en octubre de 1948, es decir, hace más de medio siglo.

16 Conf. ídem.

17 Conf. Costantino, J. A. “Propiedad horizontal, edificio, plano de subdivisión y reglamento de propiedad. (Provincia de Buenos Aires)”. Recuperado en *La Ley*, cita online: 0003/800953.

Vale aquí agregar, que ya en la década del noventa, según el Censo Nacional de Población y Vivienda, año 1991, el 75 % de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires vivía en propiedad horizontal. Al mismo tiempo que más del 65 % de la población de la Argentina se encuentra directa o indirectamente vinculada al Régimen de la Propiedad Horizontal; ya sea como propietario, locatario o usuario de unidades de vivienda, oficinas, cocheras o locales de comercio. Esto nos da una primera pauta aproximativa para determinar el amplísimo espectro de influencia jurídica que abarca la propiedad horizontal.

De hecho, el 90 % de los Reglamentos de Propiedad Horizontal que rigen los aspectos fácticos y jurídicos de los consorcios de todo el país son redactados en forma unilateral por el titular de dominio o la empresa constructora, vendedora y promotora, vinculada a aquél. Esto hace que las cláusulas leoninas, contrarias a la moral y las buenas costumbres, abusivas e inconstitucionales, se multipliquen en este tipo de convención normativa.

VII. Caracteres generales del contrato por adhesión

La expresión “contratos de adhesión” proviene de la doctrina francesa, utilizada por primera vez por Aleilles R., quien en su obra, *De la déclaration de la volonté*, de 1901, los caracterizó como aquéllos “en los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo”¹⁸.

Nuestro ordenamiento define el contrato por adhesión, en su art. 984, CCCN, como “aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”. Al mismo tiempo, el texto normativo establece los dos tipos de cláusulas que constituyen el contrato de adhesión:

“Las cláusulas generales predisuestas”, que deben ser comprensibles y autosuficientes y su redacción clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Dicha disposición también es

18 López Santa María, J. (2001). *Los contratos*. 3ª ed. Tomo I: Parte general. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 142.

aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares (conf. art. 985, CCCN).

“Las cláusulas particulares”, son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. Claro es que en caso de haber: a) incompatibilidad entre ambos tipos de cláusulas, siempre prevalecen estas últimas; b) cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (conf. arts. 986 y 987, CCCN).

En consiguiente, podemos señalar, en términos generales, que nos encontramos frente a un contrato por adhesión cuando se satisfacen las siguientes condiciones:

- 1) El documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato.
- 2) Dicha forma ha sido redactada por o a nombre de una de las partes de la transacción.
- 3) Aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones.
- 4) La forma impresa es presentada al adherente con la prevención de que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto–, podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora.
- 5) Después de que las partes –en caso de que las haya– lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe rubricar la forma.
- 6) La principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero¹⁹.

VIII. Demás caracteres del Reglamento de Propiedad Horizontal

- 1) *Contrato plurilateral*: Además de poder ser celebrado por más de dos partes, cada una de éstas adquiere derechos y obligaciones respecto de todas las demás.
- 2) *Contrato de organización*: La finalidad de la ley no solo consiste en regular derechos y obligaciones recíprocas, sino –y principalmente–

19 De La Maza Gazmuri, I. (2003). “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado*, 111-112. Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2572113>.

te— en formar una comunidad de copropietarios. Castro Hernández tiene dicho que “del instituto de la propiedad horizontal se rescata un valor no siempre tomado en cuenta por los copropietarios, y éste es la ‘solidaridad’ que debe reinar como el modo sencillo de convivencia, teniendo especialmente cuidado con los límites que la ley impone al ejercicio de las facultades que les otorga”. Es por ello que los copropietarios “[...] no se encuentran en solitario, sino que la solidaridad referida les impone pensar, antes de ejecutar actividades fuera de lo corriente, si no estarán ultrapasando aquellos límites”²⁰.

- 3) *Calidad de recepticio*: El acto (oferta de contrato) reviste la calidad de recepticio porque está destinado a ser aceptado por el futuro adquirente o adjudicatario de la unidad funcional.
- 4) *Contrato normativo*: Es aquel que tiene por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro. Una variedad de éste es el que fija la forma que deberá tener el posible futuro contrato. El efecto del mismo no es la obligación de celebrar el futuro contrato, sino que, si voluntariamente se celebra, deberá contener aquella disciplina o cumplir esta forma. Se lo denomina normativo porque establece una norma a seguir en los contratos (que se pueden denominar “normados”) que se celebren en lo futuro; lo que puede llevar a una estandarización de los contratos futuros que serían verdaderos contratos tipo.
- 5) *Contrato nominado*: Se encontraba receptado por Ley N° 13.512, su decreto reglamentario, y actualmente por las normas del CCCN.
- 6) *Contrato tipo*: Contratos cuyas condiciones generales, cuidadosamente estudiadas, forman un conjunto que se presenta en bloque a los adherentes particulares, generalmente pre-impresos y con numerosas cláusulas difíciles de comprender y aún de leer para legos.

IX. Incidencia de la buena fe en los contratos de adhesión

“Analizando como un fenómeno novedoso el afianzamiento de los contratos formularios, prerredactados, y los de adhesión, vemos que en realidad tienen su origen en el siglo XIX, con los contratos de seguros y transportes. Estos son denominados por la doctrina alemana como con-

20 Conf. Castro Hernández, M. (2013, 12 de septiembre). “Prohibición de alterar la estética de la fachada externa de los edificios y el desmantelamiento de obras clandestinas”. Recuperado en *El Derecho*, cita online: ISSN 1666-8987. N° 13.320. ED 243.

tratos ‘en silencio’ o ‘sin diálogo’. Por otro lado, Claudia Lima Marques los denomina como el ‘contrato deshumanizado’, definición de gran densidad que nos transporta del *homo loquens* (que tiene la facultad única de pensar y expresar sus pensamientos), al inminente *homo videns* (caracterizado fantásticamente por Giovanni Sartori, en su obra concebida con dicho título, como el hombre que, al igual que los animales, frente a un televisor sólo responde a los impulsos cromáticos y sonoros. Ya no racionaliza, reacciona instintivamente)”²¹.

La “buena fe” o *bonae fidei* hace referencia a la rectitud, honradez, honestidad en las relaciones sociales y jurídicas, y se la puede considerar como un “criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho”, en contraposición de la “mala fe”, que se la define como “malicia o temeridad con la que se hace algo o con la que se posee o detenta algún bien”²². Este principio es receptado por el codificador en el art. 9º, CCCN, que afirma que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, y –entre otros– por los arts. 10 y 961, CCCN, que serán estudiados más adelante.

Particularmente, en la relación de consumo –que estudiaremos en los apartados siguientes–, se expresa en tres funciones fundamentales:

- 1) Ser fuente de nuevos deberes especiales (deberes anexos) de conducta durante el vínculo contractual, tales como el deber de cooperación, de información veraz, de conducta y cuidado.
- 2) Causa limitadora del ejercicio, hoy abusivo, antes lícito, de los Derechos Subjetivos.
- 3) Elemento de interpretación de los contratos, teniendo como parámetro el actuar del “buen padre de familia”.

En resumen, “el principio general de la buena fe exige que las partes no defrauden ni abusen de la confianza, que actúen con lealtad recíproca y de modo transparente y coherente. Cuando una de las partes introduce en el contrato cláusulas sorpresivas o abusivas, no parece comportarse de acuerdo con este principio”²³.

21 Conf. Álvarez Larrondo, F. M. (2009, 6 de junio). “La buena fe en la Ley N° 24.240”. Recuperado en *La Ley*, cita online: 2009-C, 1271.

22 Conf. Cajarville, J. C. (2012). “La buena fe y su aplicación en el Derecho argentino”. En *Prudentia Iuris*, N° 74. Buenos Aires, 249-259.

23 Conf. Álvarez, A. y Cornet Oliva, V. (2012, 11 de noviembre). “Las cláusulas abusivas”. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/6151/2011.

X. Tutela del consumidor inmobiliario. La reforma a la Ley de Defensa del Consumidor y su ámbito de aplicación

i) Marco normativo

El Derecho del Consumidor es una “disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de desequilibrio sistémico, es decir, que no están en igualdad de condiciones. Esa desigualdad no se da como un fenómeno, raro o extraordinario, sino que es lo normal y esperable en las prácticas comerciales”²⁴.

Si bien el nuevo Código pareciera venir a revertir este desequilibrio sistémico, es menester aclarar que toma principios ya contenidos en el Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, y que al realizar interpretación constitucionalizada de la nueva norma, no debe tomarse la misma de forma aislada, sino adaptándose a las normas de la Constitución Nacional, y a los fallos de la Corte Interamericana de DD. HH. y la Corte Europea de DD. HH. Por lo que debemos trabajar sobre reglas y principios (CN, Ley N° 24.240 y leyes particulares), armonizando las mismas, a los fines de obtener una respuesta nueva, y no sólo quedarnos con soluciones prediseñadas por el legislador.

Para lo cual, resulta interesante analizar la posible aplicación al Régimen de Propiedad Horizontal, los principios y las normas establecidos por nuestro ordenamiento jurídico en defensa de los usuarios y consumidores.

En primer lugar, la protección a los usuarios y consumidores tiene como primera fuente nuestra Carta Magna, en su art. 42, CN, que reza: “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 [...]”.

En segundo lugar, dichos principios fueron receptados por la Ley N° 24.240, denominada “Ley de Defensa del Consumidor” (en adelante, LDC). Tras diez años de promulgada dicha norma, se sancionó la Ley N° 26.361, que modifica parte sustancial de su articulado, y produce –en la materia que

²⁴ Conf. Colman, M. (2015, 23 de diciembre). “Los Derechos del Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”. Buenos Aires. Asociación Defensores del Pueblo de la República Argentina. Recuperado en: www.adpra.org.ar/los-derechos-del-consumidor-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial.

aquí nos ocupa— cierta incertidumbre respecto de su aplicación y alcance cuando la relación de consumo se refiere a un bien inmueble.

Por último, el Derecho del Consumidor queda plasmado en el anexo de la Ley N° 26.994, parte 3, de la modificación de la Ley N° 24.240 y la Ley N° 26.361; y en el Libro III, en el Título III del mismo Código. Queda vigente el resto del texto de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias.

ii) Situación previa a la reforma de la LDC

Atento al *art. 1° de la LDC en su primera redacción*, declaraba comprendidos en su régimen:

- a) la adquisición o locación de cosa muebles;
- b) la prestación de servicios;
- c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

Dicha norma establecía que son “consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas, que contratan a título oneroso para su *consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social*”. Virtud de lo cual, se puede señalar que no se excluía la aplicación de la LDC cuando se adquiría un inmueble nuevo que se destinaba para alquilarlo a terceros, dado que el mismo artículo alude a “beneficio propio” en un sentido amplio y a favor del consumidor y su grupo familiar.

A su vez, la Reglamentación del Decreto N° 1.798/1994 disponía, en su art. 1°, inciso c), que “se entiende por *nuevo el inmueble* a construirse, en construcción, o que nunca haya sido ocupado”. Es por ello que lo primordial para tener el carácter de “nuevo” era que el mismo no haya sido usado por alguna persona, sea el titular del inmueble, un locador o un comodatario.

Por lo que, podemos decir que la vieja normativa poseía una “interpretación restrictiva” sobre la aplicación de la tutela al consumidor inmobiliario, debiéndose cumplir con los requisitos comprendidos en art. 1°, inc. “c”, LDC.

iii) Situación posterior a reforma de la Ley N° 26.361

Dentro de las modificaciones producidas por la Ley N° 26.361, podemos resaltar la noción conceptual del consumidor y del objeto de la relación de consumo, adoptada por su art. 1°, LDC: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal 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. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera, asimismo, consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como 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 (artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361, *BO* 7-4-2008)".

Resulta interesante traer a colación los argumentos previstos por el legislador en las tratativas previas a la sanción de dicha norma, dado que "considerando que en el vastísimo escenario del consumo la dinámica tecnológica y de comercialización de productos y servicios es capaz de presentar situaciones novedosas a cada paso, se entiende de buena técnica legislativa acuñar un tipo lo más cercano posible al grado de generalidad y abstracción que toda ley formal debe ostentar. [...] Así, la voz 'bienes', incorporada para representar los múltiples objetos posibles de una relación de consumo, parece la apropiada por el universo al que se proyecta: objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor; es decir, las *cosas, muebles e inmuebles*, los derechos patrimoniales y los servicios, entre otros. Como puede advertirse, se abandona toda casuística, presente y futura, con sus riesgos de estrechez y obsolescencia; asimismo, se descartan las restricciones del inciso c) del actual art. 1° de la Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor, de las que no se conoce justificación valedera"²⁵.

Luego de su sanción, la doctrina mayoritaria afirma –atento lo señalado por Arias Cáu²⁶– "que hoy el consumidor inmobiliario debe ser entendido en sentido amplio, careciendo de los tópicos reseñados en la anterior redacción. La enunciación de la adquisición de los derechos en 'tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines', es sólo a los fines ejemplificativos, ya que comprende otras figuras no incluidas, y que no debe interpretarse limitativamente, siempre dentro de la relación de consumo de rango constitucional".

En consonancia con lo expuesto, Frustagli y Hernández sostienen "que ese agregado debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor,

25 Conf. Wernicke, W (2008). *Antecedentes Parlamentarios. Ley N° 26.361. Modificaciones a la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y complementariamente a las Leyes N° 25.065 de Tarjetas de Crédito y N° 22.802 de Lealtad Comercial.*

26 Conf. Arias Cáu, E. J. (diciembre 2008). "Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo". *LLPatagonia* 544, cita online: AR/DOC/2773/2008. Recuperado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/interpretacion-judicial-en-torno-al-consumidor>.

que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias”. Brindando algunos ejemplos, Gregorini Clusellas explica que “los consumidores, compradores de inmuebles nuevos para vivienda, permanente o transitoria, o lotes de terreno adquiridos para tal fin, al igual que los locatarios que contratasen para el mismo objeto no comercial, la construcción o reparación de sus viviendas, están indistintamente tutelados por la ley”.

En este orden de ideas, Molina Sandoval²⁷ entiende “que la reforma del régimen de consumo tiene especial relevancia en materia de bienes inmuebles, ya que el régimen derogado sólo permitía la aplicación del régimen legal cuando se tratase de bienes ‘inmuebles’ que fueran ‘destinados a vivienda’”.

“Esta exigencia para inmuebles ha sido derogada y se ha permitido expresamente la aplicación del régimen *para cosas usadas*, de donde también la LDC será aplicable no sólo en inmuebles nuevos, sino también en *viviendas usadas o en la re-venta de lotes u otros inmuebles*. Adicionalmente, no se exige que estén destinadas a la utilización familiar, sino que también podrían ser aplicables para la compra de oficinas, locales comerciales, *apartment-hotel* u otros inmuebles”.

A su vez, el autor considera que “las únicas locaciones que estaban comprendidas en el régimen anterior eran las de cosas muebles y todo el régimen de locación de inmuebles quedaba naturalmente excluido de la LDC. Hoy también se permite la aplicación de la LDC a las locaciones de inmuebles (destinados a vivienda o a locales comerciales). Tampoco se exige que la oferta sea pública y dirigida a personas determinadas”. Por lo que, “la inclusión legal no es menor y requiere un replanteo de los verdaderos alcances, ya que deberá determinarse la aplicación de la LDC a las empresas que comercializan inmuebles o sus alquileres”.

iv) Cambio copernicano en la LCD²⁸

A diferencia del régimen anterior, que exigía que el contrato de consumo fuera a título oneroso (recuérdese que el decreto reglamentario sólo admitía la aplicación de la LDC en aquellos casos en que una persona, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciba a título gratuito cosas o servicios, por ejemplo, muestras gratis), en la reforma del régimen de consumo lo significativo no es el carácter “oneroso” de la adquisición de la cosa o utilización del servicio, sino que la norma ha puesto el acento en la

²⁷ Conf. Molina Sandoval, C. A. (abril 2008). “Reformas sustanciales”. Sup. Esp. *Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, 81. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/932/2008.

²⁸ Conf. *ibidem*.

“adquisición” o “utilización” por el consumidor. La nueva ley ha modificado indirectamente el decreto reglamentario y ha ampliado peculiarmente el ámbito.

Asimismo –como hemos distinguido–, la ley también se aplica a cosas usadas que en el régimen anterior estaban excluidas. La ley les aplica el régimen tuitivo sin que sea necesario que el proveedor comercialice en forma profesional las cosas usadas, ya que sería suficiente con que lo haga de manera ocasional (“ocasionalmente”, dice el nuevo art. 2º, primer párrafo).

El esquema legal aplicable a las adquisiciones de cosas usadas es similar al de las cosas nuevas (y por ello rigen en su plenitud el complejo entramado de derechos y obligaciones de la ley), aun cuando en algunos supuestos la propia ley haga diferencias, dado que, por ejemplo, el art. 11 establece un plazo menor de garantía para las cosas muebles usadas.

v) Situación luego de la sanción del CCCN

La Comisión Redactora del nuevo Código propuso incluir una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una *protección mínima*. “Al incluir los aspectos protectorios de la ley especial (Nº 24.240) en la ley general (Nº 26.994) esos principios iban a resultar reforzados para quedar a salvo de una eventual reforma regresiva. En pocas palabras, el Código Civil y Comercial se ocupa de cuestiones propias de las leyes especiales para, según dicen sus creadores, asegurar los beneficios de la ley específica impidiendo que una reforma furtiva los extinga en una de esas tertulias trasnochadas a que nos tiene acostumbrado el Congreso de la Nación”²⁹.

En su Anexo II como Leyes Complementarias, en el art. 3º, modifica la Ley Nº 24.240 y su modificatoria, Nº 26.361, en sus arts. 1º, 8º, 40 bis y 50 bis, dejando vigente el resto de la Ley de Derecho del Consumidor. En el Libro III, Título III, establece una serie de principios generales desde el art. 1092 hasta el art. 1122, dejando constancia sobre las “Relaciones de Consumo”, ampliando la modificación al art. 1º de la Ley Nº 24.240 con la calidad de consumidor.

Reitera que serán considerados consumidores inclusive las personas jurídicas pero cuando el consumo no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda vigente el art. 2º de la LDC,

²⁹ Shina, F. (2016, 1º de enero). “Las relaciones de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial. La resurrección del *bystander*”. Recuperado en *elDial.com*, cita online: DC20BA.

para dar el concepto de proveedor, por lo que el art. 1093, CCCN, debe ser integrado con el mentado artículo.

Uno de los puntos más críticos de la reforma fue la derogación de una oración completa del art. 1º, LDC: “[...] y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Dicha modificatoria es considerada como un grave perjuicio a los consumidores frente a empresarios, aseguradoras y bancos, alterando los derechos de los mismos, al no reconocer al “consumidor expuesto”. Sin embargo, existe, no obstante, una interpretación amplia, en la cual se puede incorporar (como consumidores expuestos) a aquellos que quedan incluidos en la relación de consumo, sin perjuicio de no estar explícito como la derogada³⁰.

A los efectos del consumidor inmobiliario, se mantiene el criterio adoptado por la Ley N° 26.631 –que ha sido analizado en los apartados anteriores–, en virtud del cual debe ser receptado en “sentido amplio”, e interpretándose en la extensión más favorable al consumidor, lo que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias. Si bien este criterio no está establecido formalmente en el CCCN, se mantiene expresamente en el instituto “contenido del documento de venta”, del art. 10, LDC (conforme al art. 7º de la Ley N° 26.361), conforme al cual, expresamente, establece que dicho documento se puede extender por la venta de cosas “muebles o inmuebles”, manteniéndose así la postura adoptada al interpretar la situación luego de la reforma de la Ley N° 26.631.

vi) Efectos de la tutela de la Ley de Defensa al Consumidor³¹

- a) Se aplicará la regla de interpretación que dispone que en caso de “duda” se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor (conf. arts. 3º y 37 de la Ley N° 24.240). Asimismo, “cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa” (conf. arts. 37, LDC y 1096, CCCN). Dichos principios coinciden con lo establecido en el art. 1094, CCCN, respecto a “Interpretación y prelación normativa: Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de ‘protección del consumidor’ y el de acceso al ‘consumo sustentable’. En caso de duda sobre la interpretación

30 Conf. Bassano, O. H. (2014, 3 de enero). “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil y Comercial”. Recuperado en *elDial.com*, cita online: DC1E22.

31 Conf. Gregorini Clusellas, E. L. (2008, 28 de abril). “Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios”. Recuperado en *La Ley* 2008-C, 179, cita online: AR/DOC/3726/2007.

- de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.
- b) El deber de “buena fe” (art. 9º, CCCN) es impuesto bajo sanción de nulidad, al igual que el deber de información, que es una de sus expresiones. Su incumplimiento, al igual que el de la legislación sobre lealtad comercial y defensa de competencia, facultan al consumidor a demandar la nulidad del contrato o la de las cláusulas lesivas (conf. art. 37, LDC).
 - c) “Integración judicial del contrato”: En los casos de nulidad parcial (b) o inexistencia parcial (c), cuando el juez a pedido del consumidor las declare, “simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario” (art. 37, párrafo final).
 - d) “Deber de información”: Debe suministrarse al consumidor, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes (conf. art. 4º, LDC; art. 1100, CCCN y art. 42, CN).
 - e) “Efecto vinculante de la publicidad”: Serán exigibles y se tendrán por incluidos en el contrato con el consumidor, las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión (conf. art. 8º, LDC y art. 1103, CCCN). Por lo que, de aceptarse como oferta la hecha a persona indeterminada, debe considerarse a la publicidad como integrativa y vinculante como parte del contrato.
 - f) Se encuentra expresamente “prohibida toda publicidad” que: 1) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; 2) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; 3) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación (a cargo del demandado) de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (conf. arts. 1101 y 1102, CCCN).
 - g) Vigencia de la obligación de seguridad: “Las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (arts. 5º, LDC, y 42, CN), que impone como derechos del consumidor los de protección de su salud, seguridad o intereses económicos”, así como condiciones de trato equitativo, no discriminatorio y digno (conf. arts. 1097 y 1098, CCCN).

- h) “Normas específicas sobre prescripción”: El art. 50, LDC, establece el plazo respectivo, disponiendo que las acciones y sanciones de la LDC prescribirán en el término de tres (3) años, y se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.
- i) “Responsabilidad objetiva y solidaria por daños”: Se encuentra a cargo del “fabricante”, en el caso, constructor, y el “vendedor” del bien, según lo dispone el art. 40, LDC, reformado por la Ley N° 24.999, art. 40 (BO 30-7-1998).
- j) Procesalmente, corresponde la vía del “juicio sumarísimo” para la tramitación de las acciones judiciales del consumidor³².

En síntesis, estas normas del régimen de protección al consumidor, en armonía con el sistema protectivo que, en general, dicho régimen establece, resultan aplicables al “consumidor” inmobiliario, con prescindencia de que lo sea a título de comprador (compraventa) o de locatario (locación de obra). Ello, además de resultar claro del texto de la ley –cuya normativa es de “orden público” (conf. art. 65, LDC)–, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, como veremos a continuación.

vii) Recepción jurisprudencial de la tutela al consumidor inmobiliario

A. Previa a la Ley N° 26.361

- En la causa “Cavi S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resolvió imponer a una constructora una multa por infracción a los arts. 4° y 8° de la Ley N° 24.240, por no haber brindado al comprador de un inmueble información veraz de las características del mismo. La infracción invocada consistió en 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 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. El fallo de cámara confirmó la sanción³³.

³² Bersten, H. L. (2005). *Derecho Procesal del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley, 2-3.

³³ Citado por Gregorini Clusellas E. L. (2004, 7 de junio), en *Defensa del Consumidor para el comprador de inmuebles*. Nota en los autos “Cavi S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”. CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, 28-8-2003, *La Ley*.

- La aplicación de la LDC al ámbito de los clubes de campo o barrios cerrados ha sido afirmada por la Sala D de la Cámara Nac. en lo Comercial, el 31 de octubre de 2005, en los autos “Z. H. c/ Barrio Cerrado S.A. s/ ordinario”³⁴. Vale resaltar que la reforma de la LDC prevé expresamente su aplicación en los supuestos aquí señalados, receptando los criterios jurisprudenciales previos a la modificación de la misma.
- En otra ocasión, la Cámara Nac. Fed. Cont. Administrativa Federal, Sala II, en los autos “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires”, con fecha 14 de junio de 2005, confirmó la resolución del *a quo* y resolvió que la entidad financiera, en el caso el Banco Hipotecario, que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora, era responsable frente al comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor³⁵.

B. Con posterioridad a la reforma de la LCD

- En los autos “Barletta, Raúl Alberto c/ Gijón S.A.”³⁶, el “adquirente de un inmueble destinado a vivienda promovió acción contra la firma demandada, persiguiendo el reintegro de los gastos que tuvo que realizar y los que deberán efectuarse para dejar el departamento en las condiciones en que fue ofrecido a la venta con motivo de los defectos ocultos detectados con posterioridad a la operación de venta. La empresa demandada opuso excepción de prescripción, señalando que la acción fue entablada ocho meses después de celebrada la compraventa”. El juez de grado rechazó la defensa opuesta y acogió el reclamo. La Cámara confirmó la decisión, señalando: “Desde antes de la reforma introducida el año pasado (Ley N° 26.361) se amparaba a 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 (art. 1°,

34 Citado por Bersten, H. L. (2006, 5 de abril) en “Aplicación del Régimen de Protección al consumidor a los clubes de campo o barrios cerrados”. Suplemento Especial *La Ley* sobre “Emprendimientos inmobiliarios”. Dir. E. L. Gregorini Clusellas.

35 Fallo de la Cámara Nac. Fed. Cont. Administrativo Federal, Sala II, en los autos “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires”, 14-6-2005. *La Ley*, cita on line 2005-E, 436 y sigs., con nota de Malumián, N.

36 Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, en los autos “Barletta, Raúl Alberto c/ Gijón S.A.”, 15-9-2009. *La Ley*, cita online: AR/JUR/36228/2009.

según texto Ley N° 24.240). De esta manera, en este caso, el plazo de prescripción que comienza a correr desde que los vicios fueron descubiertos o se han hecho aparentes, debe regirse por el previsto en el art. 50 de dicha ley, y no por el de tres meses establecido en el art. 4041 del Código Civil³⁷.

- La Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, en su fallo, “Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y otros”, del 11 de febrero de 2010, afirma que “deben considerarse alcanzados y protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor a los compradores de inmuebles nuevos para vivienda, permanente o transitoria, o lotes de terreno adquiridos para tal fin, al igual que los locatarios que contratasen para el mismo objeto no comercial, la construcción o reparación de sus viviendas³⁸”.
- Asimismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, tiene dicho: “Resulta aplicable el art. 40 de la Ley N° 24.240, texto según Ley N° 26.361, en una demanda de daños y perjuicios promovida contra el vendedor y el constructor en virtud de los defectos de construcción existentes en el inmueble a estrenar adquirido por el actor³⁹”.

XI. Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión

i) Concepto y fundamentos⁴⁰

La masificación contractual, la velocidad en las transacciones de productos uniformes y la necesidad de disminuir costos de transacción en las relaciones de consumo han llevado a las empresas a utilizar contratos con cláusulas predispuestas y/o de adhesión, que suponen una aceptación no negociada (o escasamente discutida) de las estipulaciones prefijadas.

Sin embargo, “es común que una de las partes, valiéndose de la discrecional facultad contractual que otorga el derecho dispositivo, el contratante

37 Conf. Fallo de CSJN, en los autos “Sanz, Sonia M. c/ Del Plata Propiedades S.A. y otro”, 19-9-2002. *La Ley*, cita online: 2003-F, 731.

38 Fallo de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, en los autos “Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y otros”, 11-2-2010. *La Ley*, cita online: AR/JUR/1752/2010.

39 Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, en los autos “Quiroz, Héctor Magno y otro c/ Vázquez, María Cristina y otro”, 27-3-2009. *La Ley*, cita online: AR/JUR/4075/2009.

40 Conf. Molina Sandoval, C. A. (2007). “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”. Recuperado en *La Ley*, cita online: 2007-E, 1288.

dominante, consiga incluir previsiones que alteran las recíprocas posiciones de las partes vinculadas, generando un notable y ostensible desequilibrio de los derechos acordados y una manifiesta contrariedad con aquella directriz rectora de la interpretación y ejecución contractual⁴¹.

Por lo tanto, “cuando hablamos de cláusulas abusivas nos referimos a aquellas estipulaciones con las cuales una de las partes de un negocio jurídico, aprovechándose de su mayor poder de negociación, obtiene una posición/situación jurídica ventajosa en desmedro de la otra parte, alterando considerablemente el equilibrio negocial⁴²”.

A pesar de ello, las leyes de consumo a nivel mundial y el ordenamiento jurídico argentino, en particular, si bien no prohíben esta modalidad de contratación, tienden a limitar o establecer ejes de funcionamiento de estas cláusulas.

Estas limitaciones tienen como razón justificante las diferencias económicas existentes entre las partes (en la que una de ellas –usualmente la aceptante– se encuentra en inferioridad de condiciones para discutir o negociar el contenido contractual). Buscan equiparar (mediante normas imperativas o protectorias) los poderes de negociación, limitando la libertad del más fuerte no sólo en su faz punitiva (sancionando los excesos), sino también en forma preventiva (pues sabe que algunas cláusulas de su contrato contrarían previsiones normativas).

Sin dudas, el fundamento último radica en la “buena fe” de las partes contratantes. “Los contratos –señala el art. 961, CCCN– deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. La buena fe no sólo regula y limita la actuación de las partes luego de celebrado el contrato, sino que también abarca su etapa precontractual, e incluso postcontractual.

Se debe aclarar que más allá de aplicar el principio de la buena fe como limitativo de los abusos contractuales, no debe considerarse a la mala fe como un requisito necesario para la existencia de aquella figura. De ninguna manera deberá cargarse sobre quien pretende dejar sin efecto una estipulación con la prueba de la mala fe de la otra parte, que tampoco podrá liberarse demostrando su buena fe.

Vale decir que para que una cláusula contractual sea abusiva deben darse los siguientes requisitos:

41 Conf. Freytes, A. E. (octubre 2011). “Una acertada decisión en torno a cláusulas abusivas en contratos de consumo”. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/3392/2011.

42 Conf. Álvarez, A. y Cornet Oliva, V. (2012, 11 de noviembre). “Las cláusulas abusivas”. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/6151/2011.

- (i) la existencia de un contrato (escrito o verbal) en el que se hayan pactado derechos y obligaciones de sus partes;
- (ii) que la cláusula haya sido redactada o impuesta por una parte y sin margen a discusión en concreto sobre sus alcances y generalmente por el contratante fuerte (*lato sensu*) de la relación económica;
- (iii) dicha cláusula debe perjudicar (o puede hacerlo) a la otra parte (contratante débil), imponiendo derechos u obligaciones que en situaciones de paridad contractual no aceptaría;
- (iv) que se produzca un desequilibrio contractual irrazonable o no justificado⁴³.

ii) Plexo normativo

Acorde a lo analizado, se puede resaltar que el Código unificado clasifica los contratos en tres categorías: (i) contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas; (ii) contratos de *consumo*; y (iii) contratos paritarios (también llamados contratos discrecionales o clásicos y que, en definitiva, constituían los únicos tipos de contratos conocidos en el Código Civil de Vélez Sarsfield)⁴⁴. En paralelo, y atento a la legislación especial en defensa del consumidor, se han establecido en nuestro ordenamiento protecciones jurídicas frente a los abusos de aquellos que se encuentran en una posición dominante.

En primer lugar, el art. 988, CCCN, afirma que en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se deben tener por no escritas: “a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

En segundo lugar, pese a que la LDC no alude expresamente a cláusulas abusivas, el art. 37 tiende a regular el instituto aquí analizado, con un enunciado similar al artículo anteriormente transcrito, pero agregando en su inciso “c” que serán abusivas “las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”. Por su parte, la Reglamentación impuesta por Decreto N° 1.798/1994, en su art. 37, afirma que “se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

43 Conf. Molina Sandoval, C. A. Ob. cit..

44 Gregorini Clusellas, E. L. (2016, 16 de febrero). “La interpretación del contrato en el Código Civil y Comercial”. Recuperado en *elDial.com*, cita online: DC208D.

Conforme al Libro III, Título III, Capítulo IV del nuevo Código (arts. 1117 y sigs., CCCN), resulta aplicable a los contratos de consumo el régimen general de cláusulas abusivas incorporado a la codificación (en sus arts. 985 a 988, CCCN). En este sistema tuitivo se considera abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. En razón de ello, las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

Al mismo tiempo, se contempla el fenómeno de los contratos conexos que contengan disposiciones abusivas, considerando que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Vale destacar que el objetivo de la incorporación de dicho régimen a los contratos de consumo “es coadyuvar a la comprensión del consumidor en los contratos preimpresos, que constituyen una secuela de cláusulas muchas veces ininteligibles desde la presentación del propio formato del texto, tanto por su falta de párrafos como por los pequeños caracteres”⁴⁵.

Sin embargo, el legislador prevé dos situaciones limitativas –la primera de ellas un tanto discutida–, en las cuales no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas: a) relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; y b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas (conf. art. 1121, CCCN).

Atento al análisis del art. 1122, CCCN, se legisla que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas (sea por una entidad del Estado, un ente regulador o una autoridad de aplicación) no obsta al control judicial de las mismas. Dispone también que el efecto de las cláusulas abusivas es tenerlas por no convenidas, aunque no necesariamente implique la nulidad del contrato; sino que el juez tiene la facultad de declarar la nulidad parcial del mismo y corregir (o integrar) la estipulación desventajosa mitigando sus efectos, para salvaguardar el negocio jurídico, siempre y cuando el mismo era el requerido por el consumidor. Sin embargo, “si de la voluntad que pueda inferirse de las partes mediante manifestaciones reales o presuntas surge que el negocio no quiso celebrarse sin las estipulaciones nocivas, o si a través del defecto se desvirtúa la unidad del conjunto, corresponderá la nulidad total”⁴⁶.

45 Bueres, A. J. (dir.). Ob. cit., 643.

46 *Ibidem*, 645.

Finalmente, lo que ocurre es que las cláusulas abusivas no aparecen únicamente cuando se vinculan a un proveedor con un consumidor, sino que pueden aparecer en cualquier tipo de relación jurídica donde una parte es más débil que la otra, ya que es justamente aprovechándose de esa debilidad como la parte fuerte logra establecer cláusulas que alteran el equilibrio contractual en su beneficio, virtud de lo cual es dable recordar la teoría del abuso del derecho en el texto del art. 10, CCCN (cuya fuente es el anterior art. 1071, Código Civil derogado), que brinda un paraguas protectorio ante eventuales abusos en el ejercicio de los derechos: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

iii) Cuestión conexa. Las prácticas abusivas⁴⁷

La nueva codificación incorpora dentro de su articulado el tratamiento de la protección de consumidores y usuarios, lo cual complementa el sistema de protección jurídica situando la tutela de los sujetos protegidos en el nivel más alto dentro del marco legislativo más trascendente del Derecho Privado. Todo lo relativo al derecho que tienen los consumidores a recibir un trato digno y equitativo ha sido incluido en el CCCN, dentro del Libro III, Título III, Capítulo II, Sección I (arts. 1096 a 1099), en donde se regulan las prácticas abusivas en general. De esta manera, se enriquece, afortunadamente, el escueto enunciado que la Ley N° 26.361 incorporó a través del art. 8° bis, LDC (aún vigente).

A raíz de ello, el legislador entiende que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno, equitativo y no discriminatorio a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos. Deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Como tampoco pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

47 Brun, E. (2016, 5 de febrero). “Las prácticas abusivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Recuperado en *elDial.com*, cita online DC2088.

Cabe señalar que dicho trato debe configurarse a lo largo de todo el trayecto de la relación de consumo, es decir, comienzo, permanencia y egreso. En efecto, aunque la norma se ubica en la etapa de la formación del consentimiento, estas prácticas pueden suceder en cualquiera de las etapas, tanto en la formación del contrato, como en el de la ejecución.

iv) Posición que deben adoptar los consorcistas

Habiendo estudiado en términos generales el concepto y los presupuestos para la existencia de las cláusulas abusivas, podemos ahora detenernos y preguntarnos cómo deben actuar los copropietarios ante las cláusulas abusivas contenidas en el Reglamento de Copropiedad y Administración.

Independientemente de la naturaleza jurídica del Reglamento (ya sea un contrato o un estatuto normativo), no quedan dudas de que ante la existencia de cláusulas abusivas le son aplicables los institutos legales y supra-legales, como son el abuso de derecho, la buena fe, el enriquecimiento sin causa, la equidad y la doctrina de los actos propios.

En consecuencia, los consorcistas deben –en primer término– agotar todas las instancias extrajudiciales previas. Es decir, convocar a asambleas y por medio del órgano deliberativo, en cumplimiento de las mayorías previstas por la ley y el respectivo Reglamento, modificar dichas cláusulas. Sin embargo, ante la imposibilidad de obtener las mayorías necesarias para modificar válidamente la cláusula abusiva del Reglamento deberán, previo agotamiento de las demás instancias prejudiciales (como las mediaciones obligatorias), y/o no habiendo instancias judiciales más idóneas, se deberá recurrir al amparo judicial.

Tal es así que la jurisprudencia –como veremos a continuación– “ha resuelto que cuando las normas del Reglamento de Propiedad atentan contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres o hay una actuación abusiva de la mayoría, el Derecho, como ciencia de lo bueno y lo justo, se aparta de ese rigorismo y los jueces que buscan el adecuado servicio de la justicia están autorizados a proceder a su reforma”⁴⁸.

XII. Cláusulas abusivas en los Reglamentos de Propiedad Horizontal

Atento a lo expuesto –siguiendo la teoría del ya mencionado J. A. Costantino⁴⁹–, las cláusulas abusivas que “usualmente” podemos encontrar en los Reglamentos son:

⁴⁸ Conf. Costantino, J. A. Ob. cit..

⁴⁹ Conf. ibídem.

1º) Cláusula de reserva por derechos e ingresos derivados de la explotación de la publicidad en techos, azoteas y paredes medianeras.

No caben dudas respecto a la importancia económica que tienen las publicidades actualmente. Sin ir muy lejos, podemos observar que “las paredes medianeras y terrazas de edificios estratégicamente ubicados son una vidriera permanente las veinticuatro horas del día, durante los 365 días del año, para millones de personas que transitan diariamente por calles y avenidas de la ciudad”.

“Es ésta una fuente de ingresos no desconocida por las empresas constructoras, que han comenzado a incluir –desde hace varios años– en el Reglamento de Propiedad y Administración las reservas por la explotación con publicidad de paredes medianeras, techos y azoteas del edificio”. Generalmente, para instalar las antenas que posibiliten la transmisión de emisoras de frecuencia modulada y de empresas multinacionales que comercializan telefonía celular.

Tal es así, que gran parte de la doctrina y jurisprudencia ha reconocido la legitimidad de cláusulas de reserva como las enunciadas, pero no de la propiedad de la medianera en sí, sino de los derechos por su explotación.

La Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata determinó “que no es usufructo ni servidumbre la reserva que hace el promotor de una propiedad horizontal de poder utilizar los muros divisorios y perimetrales y azoteas para la instalación de letreros de propaganda, sino un derecho de naturaleza contractual, personal y no real, y, por ende, transmisible; según resulta de una hermenéutica acorde con el fin económico y los legítimos intereses de las partes en este novedoso y complejo negocio jurídico, constituye un contrato innominado, que se parece a la locación, aun cuando no se fijara alquiler, es decir, que se está frente a un derecho patrimonial, de naturaleza personal y transmisible por sucesión, debiendo excluirse la tesis de que se trata de un usufructo extinguido por la muerte de la beneficiaria de la reserva de la utilización, y aunque no se haya previsto un plazo determinado, resulta congruente fijar uno de diez años, por analogía con el máximo permitido para la locación de cosas”⁵⁰.

2º) Cláusula de reserva de propiedad de los muros medianeros.

El principio general, al referirnos a esta cláusula, es que cuando el primitivo dueño se ha reservado la propiedad del muro medianero estipu-

50 Fallo de la Cam. Apel. y Garantías en lo Penal Mar del Plata, Sala 2ª, Expte. 34.573, en los autos “Consortio Ed. Av. Luro c/ Quirno de Ibarlucea María”, 19-12-1974. EI/233, en *Sensus*, vol. 5/6, Tomo. XIII, 296. Reseña del Dr. Ramírez.

lando que se reserva los créditos a que dé nacimiento la eventual adquisición por los terceros linderos del inmueble de esa pared medianera, tales créditos quedan a “beneficio exclusivo del vendedor”; ello implica violar la integridad del dominio que se transfiere, en clara oposición a la norma de los arts. 1943, 2040, 2041 y cc. del CCCN. Es una cláusula ilegítima y abusiva, ya que no se concibe que una persona pueda ser dueña de los muros del edificio y otras del resto, atento al carácter exclusivo del derecho de propiedad.

3º) Cláusula de intereses moratorios y punitorios.

La doctrina entiende: “Los intereses punitorios integran el elenco de medios para forzar el débito tendiente a satisfacer al acreedor [...] Se advierte, entonces, que los intereses punitorios ostentan una función dual, consagrante de dos finalidades: en un primer momento, compulsión, inducción o seducción en punto al cumplir y, en un segundo estadio, resarcimiento derivado de sanción crematística, para el caso de configurarse, pese a la latencia de amenaza patrimonial, el indébito”⁵¹.

En el análisis de las cláusulas contenidas en el Reglamento de Copropiedad que fijan intereses punitorios por la mora en el pago de expensas se da una situación totalmente inversa a las cláusulas analizadas anteriormente. Esto es en razón de que la naturaleza del instituto es compatible con la necesidad del pago puntual de las expensas para la supervivencia de la vida económica y funcional del edificio, sujeto al Régimen de Propiedad Horizontal (producto de la necesidad del pago oportuno de los servicios esenciales, como también de sueldos y cargas sociales del encargado, entre otros). Virtud de lo cual, la doctrina y jurisprudencia no discuten respecto de su validez o licitud de las mismas, sino que se enfocan en la tasa de interés aplicable.

En este sentido, la Cámara Nacional Civil, Sala G, tiene dicho que “no puede admitirse el alcance pretendido por la interesada, que importa una tasa del 60 % anual, totalmente excesiva en comparación con el tope promedio actualmente admitido en el mercado financiero, de acuerdo a las condiciones económicas de estabilidad reinantes; considerándose prudente su fijación, a criterio de este tribunal, en el 24 % anual en consonancia con la jurisprudencia imperante sobre el particular”. (CNCiv., Sala G, R. N° 123.000, del 17-12-1992; íd., Sala F, R. N° 112.169, del 18-6-1992; íd., íd., R.

⁵¹ Conf. Cuiñas Rodríguez, M. (julio 2014). “Intereses punitorios, lesión y revisión judicial”. Recuperado en *La Ley*, Sup. Esp. Intereses, cita online: AR/DOC/1513/2004.

Nº 127.979, del 26-4-1993; íd., íd., R. Nº 108.564, del 28-5-1992; íd., Sala C, R. Nº 108.926, del 7-5-1992, entre otros pronunciamientos)⁵².

4º) Cláusula que traslada a las demás unidades cargos de expensas por servicios aprovechados por el beneficiario de la disposición.

En este caso, el autor hace referencia al tipo de cláusula por la cual el propietario vendedor libera a las unidades de las cuales resultará titular del pago de expensas que genera en detrimento y recargo de las otras unidades funcionales; es ilegítima y abusiva porque va en contra de la esencia del régimen que analizamos.

El principio es que si el propietario vendedor se ha reservado formar parte del consorcio, no debe tener sino un interés de propietario, que delibera como tal con sus iguales y participa en forma proporcional con todos los consorcistas en las expensas ordinarias o extraordinarias que se generen. Por ello, estas cláusulas son ilegítimas y pueden ser reformadas con la intervención judicial.

5º) Cláusulas que liberan a determinadas unidades del pago de expensas por servicios no recibidos.

Es ésta la contracara de la cláusula analizada anteriormente. La jurisprudencia se ha mostrado pacífica en aceptar como válida la liberación de cargas correlativas a servicios no prestados; por ejemplo, aquellos locales que no poseen instalaciones de agua caliente ni electricidad, o aquellas unidades funcionales que por ser de planta baja no utilizan los ascensores del edificio.

En el análisis de la problemática más habitual en este punto los planteos son inversos a los estudiados anteriormente. La situación que se da es que muchos reglamentos no hacen exclusiones de ninguna índole para el pago de las expensas, poniendo a cargo de las unidades de planta baja con independencia funcional y material del sector de los departamentos tales rubros. En consecuencia, en estos casos, quien intenta la modificación de la cláusula del Reglamento de Propiedad, por ser abusiva, es el titular de las unidades afectadas que quieren liberarse del pago de expensas por servicios que no puede aprovechar.

⁵² Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, en los autos "Consortio de Propietarios Morón 4148/50 c/ Arcidiacono de Ametilla, Letizia", 5-7-1994. Recuperado en *La Ley* 1995-B, 578, cita online: AR/JUR/844/1994.

XIII. Colofón

Habiendo partido del concepto y de la naturaleza jurídica del “Reglamento de Propiedad Horizontal”, logramos hallar ejemplos concretos de cuáles cláusulas –que se pueden encontrar en su redacción– entiende la doctrina y la jurisprudencia como abusivas.

En dicho camino, pudimos indagar qué es un contrato de adhesión, cuáles son sus caracteres, y cuál es su incidencia en el instituto señalado. A partir de su estudio, y gracias a los autores aquí tratados, se logró traer a colación el instituto de la “tutela del consumidor inmobiliario”, que –más allá de haber pecado en la brevedad de su estudio– nos brinda un amplio paraguas de protección a un consumidor, que si bien se encuentra tutelado por la LDC, se debería tener siempre presente a la hora del estudio de los institutos analizados por la normativa reguladora de la “propiedad horizontal”, que de conformidad a los datos estadísticos señalados no solo tienen gran incidencia en nuestros ámbitos académicos, sino también –y principalmente– en el día a día de la sociedad toda.

Asimismo, “si bien existe una tendencia a descodificar el Derecho Privado, erigiendo una multiplicidad de microsistemas (como el del Derecho del Consumidor), no debe abandonarse la estabilidad y seguridad que otorga el sistema de Derecho Privado codificado. Irti señala que la relación de género a especie entre un Código Civil (actualmente, CCCN) y las leyes especiales se caracteriza porque ambos tienen un elemento común: los datos de la norma general se reencuentran en la norma especial y ésta le añade un dato más específico. En estos casos, la norma especial sustrae un grupo o una clase de relaciones a la norma general reduciendo su ámbito de aplicación”⁵³.

Sin embargo, como hemos señalado, el problema de la introducción de cláusulas abusivas no es exclusivo de las relaciones de consumo, sino que afecta también otros tipos de relaciones jurídico-privadas. Virtud de lo cual no hay que olvidar los principios que, junto con la *bonae fidei*, alientan al ordenamiento jurídico en general y a la doctrina del abuso del derecho en particular: “*qui jure suo utitor, neminem laedit*” (“quien usa su derecho a nadie daña”) y “*neque malitis indulgendum*” (“no hay que ser indulgente con la maldad”)⁵⁴.

53 Álvarez, A. y Cornet Oliva, V. Ob. cit.

54 Conf. Cajarville, J. C. Ob. cit.