

La distinción entre la función incluyente y excluyente de la ambigua conectiva “o” en un precedente jurisprudencial

Adriana Sylvina Morón¹

“ *Enseñar no es una función vital, porque no tienen el fin en sí misma; la función vital es aprender.* ”

Aristóteles

I.- Introducción

Fue “El idioma analítico de John Wilkins” la obra de Borges que motivó a Michel Foucault a escribir *Las palabras y las cosas*. En el prefacio, el filósofo francés cita el siguiente fragmento de cierta enciclopedia china donde está escrito que

“...los animales se dividen en a) pertenecientes al Emperador b) embalsamados c) amaestrados d) lechones e) sirenas f) fabulosos g) perros sueltos h) incluidos en esta clasificación i) que se agitan como locos j) innumerables k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello l) etcétera m) que acaban de romper el jarrón n) que de lejos parecen moscas.”

Si bien en un principio esta taxonomía le provocó asombro al pensador francés, lo cierto es que, a su juicio, nos muestra el límite de nuestro pensamiento: “la desnuda imposibilidad de pensar esto”.

¹ Secretaria Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 35. Este artículo tiene andamiaje en el trabajo final presentado en la materia “Proceso de Construcción de la Decisión Judicial” dictada por los profesores Liliana Rodríguez Fernández, Patricia Elizalde y Oscar Magistris en la Carrera de Especialización en Administración de Justicia de la UBA.



En este sentido, afirma Foucault que las utopías consuelan puesto que ocurren en lugares irreales mientras que “las *heterotopías* inquietan, sin duda porque minan secretamente el lenguaje, porque impiden nombrar esto y aquello, porque rompen todos los nombres comunes o los enmarañan, porque arruinan de antemano la “sintaxis”, y no sólo la que construye las frases: también aquella menos evidente que hace “mantenerse juntas” (lado a lado y frente a frente unas y otras) las palabras y las cosas... detienen las palabras en sí mismas, desafían, desde su raíz, toda posibilidad de gramática; desatan los mitos y envuelven en esterilidad el lirismo de las frases”²

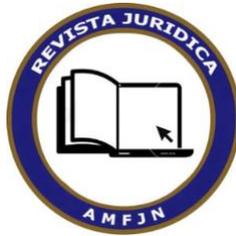
A su vez, Guibourg nos advierte que el efecto ontológico concedido al lenguaje no sólo nos conduce a creer mucho más que lo plausible: lo que es peor, al suponer que las estructuras de nuestro pensamiento se hallan conectadas directamente con la realidad, dicha circunstancia limita nuestra capacidad para redefinir las palabras, reclasificar los objetos y replantear los problemas³.

Con este panorama, recobran vigencia las enseñanzas del jurista citado y de Mendonca en cuanto a que el término “interpretación” exige algún cuidado especial en su empleo, porque padece de la conocida ambigüedad de proceso-producto. Es que con él se alude tanto a una actividad, la actividad interpretativa, como al resultado de esa actividad. Expresiones como “interpretación jurídica” o “interpretación de la ley” o similares, se refieren tanto a la actividad consistente en determinar el significado o sentido de un fragmento del lenguaje jurídico (palabra u oración), como al enunciado que, como producto de esa actividad, describe el significado que el intérprete atribuye al texto⁴.

² FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 1968, 2ª edición, 6ª reimpresión, págs. 11 y 12.

³ GUIBOURG, Ricardo, *Deber y Saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, Méjico, Distribuciones Fontamara, 1ª edición, 1997, pág. 14.

⁴ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La Odisea Constitucional*, Madrid, editorial Marcial Pons, 2004, pág. 92.



2.- Los problemas de interpretación del lenguaje jurídico

Afirma Oscar A. Bruno, siguiendo a Carrió, que las normas jurídicas están compuestas por palabras que tienen las características propias de las lenguas naturales en que aquellas son dictadas. Y como deben ser comprendidas por el mayor número de personas, el derecho no solo se vale del lenguaje natural, sino que también debe hacerlo⁵.

No es forzoso colegir, entonces, que el lenguaje jurídico tiene las mismas características que el lenguaje natural. Al respecto, sostiene Nino que

*“...por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, solo puede atenuar la vaguedad de estas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad...”*⁶.

Explica el ilustre filósofo Genaro Carrió que una de las principales funciones de las palabras —aunque no la única— es hacer referencia a objetos, propiedades, estados de ánimo, etc. Sin embargo, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto pues el lenguaje está armado en base a palabras generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades, y no en base a nombres propios de objetos, hechos o propiedades individuales⁷.

De tal manera, en no pocas ocasiones, las palabras usadas en una oración plantean problemas en lo que concierne a su significado, y en otras, el vínculo sintáctico entre los

⁵ BRUNO, Oscar A., “El caso "Orellano" y la teoría realista del derecho”, DT2021 (mayo), 71; TR LA LEY AR/DOC/984/2021.

⁶ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 45, citado por BRUNO, Oscar A., op. citada.

⁷ CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 5ª edición, 2006, pág. 27.



términos de la oración da lugar a equívocos⁸. De allí que sea necesario distinguir entre las *normas jurídicas* —los enunciados jurídicos— y las *proposiciones jurídicas* —los enunciados de la ciencia jurídica— que versan sobre las normas jurídicas. Se trata de una diferencia de niveles de lenguaje⁹.

En el reseñado escenario, ocurre que a menudo no es una tarea sencilla determinar qué proposición corresponde a una oración del lenguaje.

Como es sabido, las palabras cumplen una doble función. Por un lado, *denotan* el conjunto de objetos que exhiben las características o propiedades por cuya virtud les aplicamos la misma palabra. Por otro lado, *connotan* esas propiedades. Así, las palabras tienen un significado denotativo o por *extensión* (conjunto de objetos a los cuales se aplica esa palabra) y un significado connotativo o *intensión* (las propiedades por virtud de las cuales aplicamos a esos objetos una misma palabra).

Y como no podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por ende, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes, “las palabras presentan esta característica de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales”¹⁰.

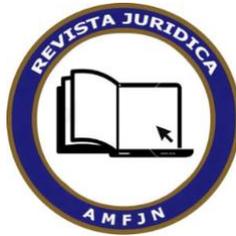
Recuérdese que, tal como afirman Mendonca y Guibourg, el significado de cada palabra no ha sido originalmente detectado o descubierto, sino asignado o estipulado. Y, debido a que las palabras son signos convencionales, no hay nada que pueda intrínsecamente considerarse la palabra correcta o incorrecta para nombrar una cosa o representar un concepto: siempre se podría haber utilizado o creado otra combinación de sonidos o de rasgos específicos en lugar de la elegida¹¹.

⁸ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1984, pág. 259.

⁹ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1ª edición, 2012, pág. 63.

¹⁰ CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 5ª edición, 2006, pág. 36.

¹¹ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La Odisea Constitucional*, Madrid, editorial Marcial Pons, 2004, pág. 97, citado por CCON ADM DE IA NOMINACIÓN DE CÓRDOBA, 02/07/2013, “Aliaga, Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°12 enero/junio 2023 ISSN 2683-8788



En este contexto, la vaguedad, la ambigüedad y el uso emotivo de las palabras configuran algunos problemas de la interpretación lingüística.

2.1.- Vaguedad

Una formulación normativa vaga es una expresión lingüística desprovista de precisión en cuanto a su contenido significativo. Una formulación normativa puede ser vaga a causa de la imprecisión del significado de algunas de las palabras que forman parte de la expresión lingüística.

Según Luzzatti, la vaguedad (*vaghezza* en italiano, *vagueness* en inglés, *indétermination*, en francés) alude a un término o un enunciado cuyo uso presenta, más allá de las hipótesis centrales y no controvertidas, casos límites (*borderline case*)¹². Es que normalmente “existe una zona marginal, de penumbra, donde se inicia la controversia; entonces, dado que el derecho tiene que ser expresado en palabras y las palabras tienen una penumbra de incertidumbre, las zonas marginales están destinadas a producirse”¹³. Sin duda, todas las palabras son potencialmente vagas. Nótese que los esquimales se valen de varias palabras para nombrar a la nieve.

2.1.1.- Diferentes formas de vaguedad

Mendonca clasifica las formas de vaguedad de la siguiente manera:¹⁴

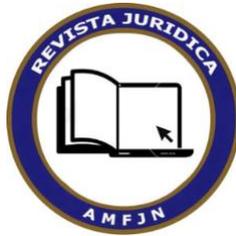
a) Graduación

Francisco Miguel Estanislao c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción”, TR LALEY AR/JUR/48396/2013.

¹² LUZZATI, Claudio, "La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico", Giuffrè, Milano, 1990, p. 3, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El lenguaje en el código civil y comercial argentino", TR LALEY AR/DOC/3122/2019.

¹³ ENDICOTT, Timothy, "La vaguedad en el derecho", Ed. Dykinson, Madrid, 2006, trad. de Alberto del Real Alcalá y otro, ps. 32-33; el autor recuerda sobre el punto a Hart, al juez Benjamín Cardozo y a Glanville Williams, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El lenguaje en el código civil y comercial argentino", TR LALEY AR/DOC/3122/2019.

¹⁴ Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Madrid, Gedisa, 2000.



Esta forma de vaguedad ocurre cuando no existe un límite preciso entre la aplicabilidad y la inaplicabilidad de una palabra (v. gr., “ancho/angosto”). Estas palabras aluden a propiedades que se dan en diferentes grados, sin que el significado de la palabra incluya un límite cuantitativo para su aplicación.

b) *Combinación*

Esta forma de vaguedad ocurre por cuanto no existe un conjunto definido de condiciones que gobierne la aplicación de la palabra: la palabra carece de precisión porque no hay un conjunto de propiedades tales que cada una de ellas sea condición necesaria y todas en conjunto sean condición suficiente para la aplicación del vocablo. Se pueden citar como ejemplo la “punición irrazonable o excesiva” a que alude el art. 1714 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual, originariamente se refería a las sanciones pecuniarias disuasivas (daño punitivo) que fueron suprimidas por la Comisión Bicameral. Otro ejemplo es el art. 2281 del cuerpo legal citado referido a las causales de indignidad, particularmente el inc. b) que alude a aquellos “que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria”.

c) *Indeterminación*

La indeterminación que también se plantea en la interpretación de formulaciones normativas, nace de cierta falta de información acerca de alguna cuestión relevante relativa al contenido significativo de la formulación interpretada, como la individualización del sujeto destinatario o alguna otra circunstancia similar. Un ejemplo es el art. 2336 del CCCN que establece que “*un mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios con motivo de la administración y liquidación de la herencia ...*”. Dado que no se hizo alusión a las acciones personales, calificada doctrina consideró que no operaba el fuero de atracción respecto a las mismas mientras otros juristas afirmaron que la enumeración no era taxativa¹⁵.

¹⁵ SODERO, Eduardo, “Notas sobre la reforma al fuero de atracción del sucesorio en el Código Civil y Comercial y su ignorancia en un nuevo precedente *per incuriam* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LA LEY 05/10/2015, 5; LA LEY 2015-E, 455; TR LALEY AR/DOC/3376/2015. El autor expresa Revista Jurídica AMFJN www.amfjn.org.ar/revista-juridica/ -Ejemplar N°12 enero/junio 2023 ISSN 2683-8788



d) *Anomalía*

Esta forma de vaguedad se refiere a las anomalías lingüísticas semánticas y, en el ámbito legislativo, la mayor parte de ellas se originan en la formulación de una norma. Mendonca en la obra citada alude al art. 137 de la edición oficial de la Constitución de Paraguay la que establece: “... *Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone...*”¹⁶. La formulación normativa es un galimatías pues, donde dice “ni dejará”, debe decir “si dejara”.

e) *Alteración*

Sucede que en el proceso de formulación de una norma se agregan elementos que no han sido introducidos intencionalmente por la autoridad legislativa.

El art. 765 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que la “*La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*”. Sin embargo, no se reparó en que la categoría de “dar cantidades de cosas” había sido suprimida.

Otro ejemplo es el art. 679 del CPCC que establece que la acción de desalojo de inmuebles urbanos y rurales se sustanciará por el procedimiento establecido

que tal como fue advertido en su hora durante el debate que precedió a la sanción de la ley 26.994, el CCCN no replicó en su articulado la regla del inciso 4° del artículo 3284, limitándose a aludir en el último párrafo del artículo 2336 al supuesto de la sucesión con heredero único, “una norma que —sin profanar elementales reglas hermenéuticas— no puede ser extendida más allá de su tenor literal, atendiendo además a que el fuero de atracción, en cuanto supone —insistamos— un desplazamiento del juez natural, exhibe una genuina naturaleza de excepción y es, por ello, de interpretación restrictiva (siendo sabido que, como se reconoce desde antiguo, *singularia non sunt extendenda*)”.

¹⁶ Constitución de Paraguay: <https://www.cnp6.org/forum/articulos-137-al-140/articulo-137-de-la-supremacia-de-la-constitucion>, página consultada el 25/9/2022.



en el Código para el juicio sumario. No obstante ello, la ley 25.488 suprimió el proceso sumario.

Corresponde, entonces, arbitrar procedimientos para evitar y, en su caso, salvar los errores materiales en la reproducción legislativa. Si ello no fuera factible, sería tarea del intérprete eliminar el efecto práctico de las alteraciones en cuanto fuese posible.

Actualmente numerosos juzgados imprimen el trámite de sumarísimo al proceso de desalojo mientras que en otros tribunales tramita como proceso ordinario.

f) Bivalencia

El problema de la bivalencia supone que una formulación normativa determinada puede interpretarse a partir de dos lenguajes distintos, uno natural y otro técnico, o de dos lenguajes técnicos diferentes.

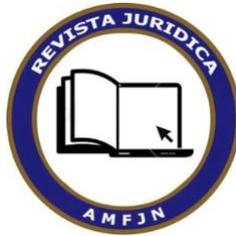
2.2.- Ambigüedad

Es pertinente apuntar que una oración puede expresar más de una proposición por cuanto alguna de las palabras que la integran tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equivocidad sintáctica.

Explica Hospers que una expresión no es ambigua *per se*, sino que es usada *ambiguamente*: resulta ambigua cuando no se puede saber por el contexto cuál de sus sentidos es el empleado en la situación concreta¹⁷.

De tal modo, existe ambigüedad semántica de palabras (llama por ejemplo) y ambigüedad semántica que no constituye una mera homonimia accidental que da lugar a mayores equívocos, debido a que los varios significados de la palabra tienen una estrecha relación entre sí. Si alguien dice “me encanta la pintura”, puede dudarse de si

¹⁷ HOSPERS, 1967:28, citado por MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La Odisea Constitucional*, Madrid, editorial Marcial Pons, 2004, pág. 99.



lo que le gusta a la persona es pintar o contemplar cuadros (ambigüedad proceso-producto)¹⁸.

A su vez, la ambigüedad equívoca ocurre cuando una expresión tiene un significado vulgar relacionado con su uso científico, pero diferente de él, tales como “alcohol” y “sal”.

A su turno, la ambigüedad semántica se origina a menudo en un uso metafórico de una palabra, pero con el transcurso del tiempo va creando un significado independiente del original, verbigracia, la palabra “rama” cuando con ella se designa alguna de las divisiones de una ciencia.

Un ejemplo de ambigüedad semántica es el de la palabra “sostiene” a la que hace alusión el art. 2 de la Constitución Nacional cuando establece que “*El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano*”. Dicha palabra ha sido interpretada por cierta doctrina como un apoyo financiero mientras que otro sector consideró que se refiere solamente a profesar la religión católica y mantenerla como verdadera.

Por último, la ambigüedad sintáctica alude al caso de que una misma oración tenga varios significados a causa de eventuales equivocidades en la conexión sintáctica entre las palabras que la integran. Se trata de un tipo de ambigüedad que depende del orden de las palabras.

2.3.- Un caso de ambigüedad sintáctica. Análisis de la sentencia dictada el 11 de abril de 2022 en el fuero civil

a) *Plataforma fáctica del fallo dictado por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el expediente n° 94507/2016, caratulado “M., M. O. c/REMAX Argentina SRL y otros s. daños y perjuicios”*

En el proceso citado el actor tenía la intención de adquirir un departamento. Por tal motivo, ingresó al sitio de internet *remax.com.ar*, donde fue derivado a “Remax Central” (Maxre SRL) y al agente inmobiliario L. M. A. tras coordinar

¹⁸ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1984, pág. 261.



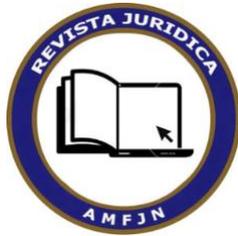
la visita a la unidad, hizo una oferta de compra y entregó una seña de USD 1000 que fue aceptada por la titular dominial del bien. Luego, el pretensor reforzó la seña con USD 5700, oportunidad en que se le informó que la compraventa estaba condicionada a los informes del Registro de la Propiedad Inmueble, para lo que se le solicitaron otros USD 300 más para gestionarlos.

Con posterioridad, se le comunicó que el resultado de los informes fue negativo y, en consecuencia, el 22 de julio de 2016 suscribió el boleto de compraventa junto a los agentes de REMAX: L.M.A., G. D. G. y a la vendedora. La escritura, sin embargo, no pudo realizarse pues, al solicitar el escribano el certificado de inhibiciones de la vendedora, surgió que estaba inhibida desde el 18 de mayo de 2016. Como consecuencia de ello, se frustró la compraventa y el accionante demandó por daño directo, moral y punitivo a Remax Argentina SRL, a Maxre SRL, a L. M. A. y a G. D. G.

Al contestar demanda, los emplazados Maxre SRL, L.M.A. y G.D.G. reconocieron el error cometido al solicitar el informe de inhibiciones de la vendedora, como también cuando suscribieron el boleto de compraventa con sello aclaratorio “Remax Central”.

A su vez, REMAX Argentina SRL planteó la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar. Adujo que comercializa el sistema “RE/MAX” mediante franquicias y que concedió una de ellas a Maxre SRL, la cual opera bajo el nombre de “Remax Central”, según contrato de franquicia celebrado el 1/02/2012. Manifestó que no ha tenido ninguna vinculación con los supuestos hechos, que la única vinculación invocada por la actora sería a través de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y que el franquiciante no responde por la obligación del franquiciado (art. 1520 CCCN).

En la sentencia de primera instancia, la jueza subrogante encuadró la cuestión como una relación de consumo; sostuvo que por haberse acreditado que la operación de compraventa quedó frustrada por exclusiva responsabilidad de los agentes inmobiliarios y de Maxre SRL (Remax Central), los consideró solidariamente responsables de los daños sufridos por el actor en virtud de lo establecido por el art. del art. 40 LDC.



Con relación a REMAX Argentina SRL, rechazó la excepción de falta de legitimación por entender que también estaba comprendida en la relación de consumo. Asimismo, sostuvo que el planteo de la irresponsabilidad del franquiciante frente a las obligaciones del franquiciado sobre la base del art. 1520 inc. a) del CCCN admite como excepción, la existencia de disposición legal expresa y consideró tal el art. 40 de la LDC.

De tal modo, la magistrada condenó en forma solidaria a los agentes inmobiliarios, a Maxre SRL y a RE/MAX Argentina S.R.L. a pagarle al actor las cantidades de USD 2.129, 20 y \$ 46.719,75, más intereses y costas.

El pronunciamiento fue apelado por Remax Argentina quien cuestionó la aplicación de la LDC, cuyo art. 2 excluye a las profesiones liberales por entender que el daño se originó en el ejercicio profesional. También consideró inaplicable el art. 40 de la citada ley. Manifestó que no hubo daño generado por la publicidad sino tan solo por el error del corredor inmobiliario.

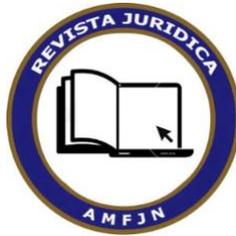
b) La cuestión del art. 40, LDN

La jueza admitió que Remax Argentina era franquiciante y que, si bien el art. 1520 inc. a) del CCCN establece que aquel “no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa”, consideró que el art. 40 de la LDC encuadraba en tal excepción y, de este modo, le extendió la condena a dicha sociedad.

Sin embargo, en la Alzada, el vocal preopinante, Dr. González Zurro, disintió con la aplicación del art. 40 en este caso. Dicha norma dispone:

“Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”



c) “Análisis sintáctico de la norma”

En primer lugar, afirma el Dr. González Zurro que teniendo en cuenta las palabras de la ley (art. 2, CCCN), el análisis sintáctico de la norma desautoriza la interpretación de la jueza de primera instancia.

En efecto, afirmó el magistrado que tal como está redactada la primera parte de la oración, la base o núcleo es el “vicio o riesgo” y, al no existir una coma hasta *servicio* significa que el núcleo tiene dos modificadores indirectos o determinantes que especifican los sustantivos “vicio o riesgo”: 1) la cosa; 2) la prestación del servicio.

Remarca que al no haber coma entre “cosa” y “o”, los términos “cosa” y “servicio” van necesariamente juntos. La ausencia de coma lo que indica es que “cosa” y “prestación de servicios” son construcciones sintácticamente equivalentes que modifican a “vicio o riesgo”.

Añadió que es útil recordar que la función básica de la coma es separar y que si la “prestación de servicio” fuese un término independiente, debería estar aislado sintácticamente, es decir, llevaría una coma antes de la “o”; ante su ausencia, se supone que modifica también a “vicio o riesgo”.

Por lo tanto, asevera que la sintaxis del texto legal indica que la prestación de servicio también debe ser viciosa o riesgosa. Concluye, entonces, que desde este análisis gramatical, es evidente que toda la actividad desplegada por los demandados en el caso que comentamos no responde a una prestación de servicio con *vicio o riesgo* y, por lo tanto, queda excluida del art. 40 de la LDC.

En el reseñado escenario, consideró que hubo un incumplimiento contractual, que tuvo su origen en un error del corredor inmobiliario sobre la inhibición que pesaba sobre la vendedora.

Y para extender en el régimen de la responsabilidad solidaria por la prestación de un servicio en los términos del art. 40 de la LDC a quien no tuvo participación, el daño tuvo que haber afectado la persona o bienes del damnificado – distintos del objeto contratado, al no resultar derivación del incumplimiento típico del negocio–, y además debió provenir del riesgo o vicio del servicio prestado. En indudable, que en este caso, los daños operados por el incumplimiento de la obligación no afectaron



ni la integridad física ni ningún otro bien del actor por fuera del círculo indemnizatorio de la obligación primaria sino que quedaron limitados a los generados por la frustración del contrato de compraventa.

Tampoco configura el corretaje inmobiliario una actividad riesgosa según el alcance aceptado uniformemente por la doctrina y la jurisprudencia. Por lo tanto, afirmó el magistrado que el régimen de responsabilidad previsto en el art. 40 de la LDC no resulta de aplicación a la situación planteada.

d).- La responsabilidad de REMAX

A pesar de que no resultó de aplicación el art. 40 de la LDC, se le imputó a REMAX ARGENTINA SRL responsabilidad con sustento en el art. 10 bis LDC, debido a 1) su calidad de proveedor, ya que aunque el servicio de profesionales liberales no está incluido de la LDC; sí lo está la publicidad que se haga de su ofrecimiento (art. 2 LDC); 2) la noción de conexidad contractual (art. 1073 CCCN), pues supone la existencia de un negocio cuya realización requiere de diferentes contratos que en su conjunto conforman un sistema. 3) el incumplimiento al deber de información, integrado en la publicidad del portal (arts. 1100 y conc. CCCN; arts. 4, 8 y conc. de la LDC).

Es que en www.remax.com.ar fue publicitada una propiedad que no estaba en condiciones de ser vendida y que le generó falsas expectativas al pretensor. Por consiguiente, REMAX ARGENTINA SRL incumplió con la exigencias de la LDC: *el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización* (art. 4). Asimismo, debe hacerse cargo de los efectos de la publicidad, según los arts. 8 (“las precisiones formuladas en la publicidad obligan al oferente”) y 19 LDC (“quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a los cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”).

e).- Art. 40 de la LDC

Como es sabido, las palabras de que se vale una formulación normativa plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado; en otras, el vínculo



sintáctico entre los términos de la formulación da lugar a equívocos, como ocurre en el caso que comentamos. Por ende, no siempre es tarea sencilla determinar cuál es la norma expresada en una formulación normativa¹⁹.

Explica Nino que la conectiva “o” es ambigua dado que a veces se la puede interpretar con la función de una *disyunción excluyente*. Así, el enunciado es verdadero sólo si se da una de las alternativas que menciona, pero no las restantes.

En cambio, puede tratarse de una *disyunción incluyente*. De tal modo, el enunciado es verdadero, tanto si se dan algunas de las alternativas cómo si se dan todas ellas.

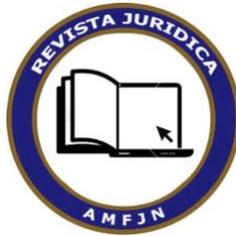
Asimismo, suele dar lugar a una ambigüedad sintáctica el ámbito en el cual rige una conectiva. Por ejemplo, “se permite ingresar al estadio con un bolso de mano o una mochila y un paraguas”, en cuyo caso dudamos si el paraguas se puede agregar solamente a la mochila o si también se lo puede llevar junto con el bolso de mano.

Estimamos que en el caso analizado, la conectiva “o” es ambigua y, por ende, la magistrada de primera instancia la interpretó como si la función de la *disyunción* fuera *excluyente*. En efecto, afirmó que el incumplimiento contractual le produjo un daño al actor, vale decir, un daño derivado de la “prestación del servicio” por cuanto se frustró la venta del departamento. Coligió, entonces, que resultaba de aplicación el art. 40 de la LDC y, por lo tanto, todos los co-demandados debían responder en forma solidaria.

Art. 40.- *Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.*

En cambio, el tribunal colegiado la interpretó como si se tratara de una *disyunción incluyente* pues claramente explicó el Dr. Zurro que el núcleo de la oración es

¹⁹ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., *La Odisea Constitucional*, Madrid, editorial Marcial Pons, 2004, pág. 98.



el “vicio o riesgo” y al no haber una coma hasta *servicio* significa que dicho núcleo tiene dos modificadores indirectos que especifican los sustantivos “vicio o riesgo”: la cosa y la prestación del servicio. Por los argumentos esgrimidos, consideramos que esta interpretación es la correcta.

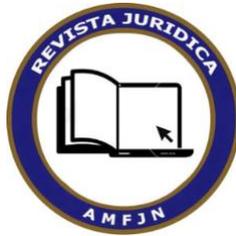
Art. 40.- *Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.*

Si bien, la sentencia de primera instancia fue confirmada lo cierto es que lo fue con andamiaje en distintos argumentos.

Viene al caso destacar que según afirma Giuffré, de acuerdo a la hermenéutica jurídica, la interpretación del juez debe recaer sobre toda norma, mientras que las doctrinas tradicionales delimitan el “ámbito de la legitimidad de la interpretación únicamente a aquellos casos de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley positiva”²⁰. No obstante ello, calificada doctrina considera que la regla “*in claris non fit interpretatio*” se encuentra en franca decadencia, pues la tarea destinada a escrutar el significado legal no es tan mecánica o simplista, desde el momento en que la interpretación no consiste en un juicio con fusión meramente cognoscitiva, sino que importa un instrumento destinado a disciplinar la vida de relación, circunstancia que exige, en cada caso, una investigación en torno al funcionamiento de dicho instrumento para adaptarlo al fin perseguido²¹.

²⁰ GIUFFRÉ, C. Ignacio, "Control de constitucionalidad de oficio: Un cambio de paradigma del Derecho. Justificación a través de la hermenéutica jurídica", LLGran Cuyo 2016 (diciembre), 2, AR/DOC/101/2016.

²¹ BUERES, Alberto J. (dir.), "El pacto comisorio tácito y la mora del deudor", LA LEY, 1980-A, 843; RCyS 2016-VI, 237, AR/DOC/11814/2001; citado por MORÓN, Adriana S. , “Legítimo abono. Cambiar para que nada cambie”; LA LEY 09/03/2018, 09/03/2018, 4 - LA LEY2018-A, 519; Cita: TR LALEY AR/DOC/470/2018.



Sobre el particular afirman Mendonca y Guibourg que el lenguaje jurídico cotidiano sostiene a menudo que una norma (una formulación normativa) es tan clara que no requiere interpretación alguna: tal afirmación es en ciertos casos resultado de un interés en mantener el significado que hasta ahora se ha dado al texto, o bien de la suposición algo ingenua de que jamás habrá un interés en atribuir un significado distinto²².

Es dable señalar que la norma citada que establece la responsabilidad objetiva y solidaria, faculta al consumidor a accionar conjunta o indistintamente contra uno, varios o todos los intervinientes de la cadena de comercialización, si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio. Ahora bien, calificada doctrina sostiene que “la prestación del servicio” a que alude la norma abarca el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas²³. Sin embargo, a poco que se repare en la sintaxis del precepto se desprende que el vicio o riesgo de la cosa abarca también a la prestación del servicio.

3.- Conclusión

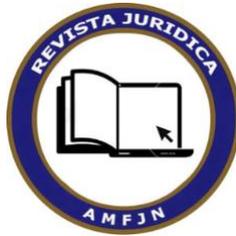
Con gran acierto afirma Guibourg que entre todas las ramas de las ciencias sociales, la jurídica tiene el dudoso privilegio de contener todas las imprecisiones y ambigüedades que, más o menos ignoradas o descuidadas, la convierten en pariente metodológica de la alquimia y de la astrología²⁴.

En este entendimiento, es indudable que la vaguedad, la ambigüedad, entre otros, configuran algunos problemas de la interpretación lingüística. Es que una oración puede expresar más de una proposición por cuanto alguna de las palabras que la integran tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equivocidad sintáctica.

²² MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A., Madrid, *La Odisea Constitucional*, editorial Marcial Pons, 2004, Capítulo V “En busca del significado”, pág. 93, nota al pie n° 1.

²³ MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 229.

²⁴ GUIBOURG, Ricardo, *Deber y Saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral*, Méjico, Distribuciones Fontamara, 1ª edición, 1997, pág. 21.



Según nos recuerda Flass, cuenta la historia que las pitonisas del oráculo de Delfos eran maestras en el uso de ciertas frases. Así, cuando un soldado les preguntaba si volvería con vida de la guerra, le contestaban con voz monocorde y sin hacer pausa alguna “de Delfos te irás regresarás nunca morirás en la guerra”²⁵. Sin embargo, según donde se coloque la coma significa que el soldado perecerá en combate o que nunca morirá en la guerra.

Flass también se refiere a que cierto rey había condenado a muerte a un noble muy querido por el pueblo, por tal motivo unos ciudadanos le pidieron que lo perdonase. Como el rey que no quería asumir las consecuencias de semejante decisión, envió al jefe de la prisión el siguiente mensaje “Perdón imposible que cumpla su condena”. Así, transmitió el problema a su subalterno, habida cuenta que si la coma la colocaba después del vocablo “perdón”, significaba que el prisionero debía salvarse, mientras que si se insertaba después de “imposible” la ejecución debía llevarse adelante.

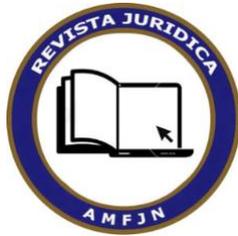
Con gran tino, se hizo referencia en clase al libro escrito por José Antonio Millán *Perdón imposible. Guía para una puntuación más rica y consciente*. El título de la obra tiene sustento en una anécdota del Rey Carlos V. Cuando le pasaron para firmar una sentencia que rezaba: “Perdón imposible, que cumpla su condena” el monarca cambió una coma de lugar: “Perdón, imposible que cumpla su condena” y así, le salvó la vida al condenado.

Ahora bien, volviendo al caso citado, la interpretación disímil de la formulación normativa contenida en el art. 40 de la LDC tanto en la sentencia de primera instancia como en el pronunciamiento de la Alzada, dan cuenta de que la ambigüedad sintáctica trae aparejada que una oración pueda expresar más de una proposición.

Obsérvese que en la sentencia de grado mencionada la magistrada de primera instancia interpretó el art. 40 de la LDC como si la conectiva “o” con la función de una *disyunción excluyente*. Ello la condujo a una interpretación divergente de la del tribunal de la Alzada.

De allí que se trate la equivocidad sintáctica de una problemática que merece ser atendida con suma atención puesto que la interpretación cumple en el ordenamiento

²⁵ FLASS, Günther Enrique, “Las costas en el amparo. un caso de derogación judicial”, DJ 2004-I, 394; TR LALEY AR/DOC/545/2004”.



jurídico un papel sustancial y preponderante. Tal es así que autores como Dworkin presentan al Derecho como “una práctica compleja” que consiste básicamente en interpretar: el Derecho no es simplemente algo dado *a priori* en las leyes, en las sentencias, etc., sino la práctica consistente en atribuir sentido a esos materiales²⁶.

²⁶ ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1ª edición, 2012, págs. 280-281.