

LA REPOSABILIDAD POST CONTRACTUAL¹

Dr. Pascual Eduardo Alferillo

1. Introducción.

La normal evolución del Derecho, al ritmo de los cambios sociales y económicos, tiene particular relevancia en el ámbito, del modernamente denominado, derecho de daño dado que se advierte un paulatino ensanchamiento de sus fronteras, comprendiendo actualmente el resarcimiento de menoscabos que anteriormente se juzgaban no indemnizables.

En este sentido, cabe recordar que Vélez Sarsfield estructuró el Código Civil reglamentando en forma diferenciada, la responsabilidad de origen contractual de la aquiliana o extracontractual conforme marca con claridad el art. 1107C.C.

Esta división, ineludiblemente, produjo una evolución diferenciada para cada tipo de responsabilidad que brevemente será recordada para comprender y ubicar, en su real dimensión jurídica a la “postcontractual” que es el objeto de estudio seleccionado para el presente trabajo de investigación.

2. La obligación de reparar como sanción por la trasgresión del deber de no dañar.

Para examinar la responsabilidad post contractual que hemos fijado como objetivo final, resulta oportuno recordar, junto a las enseñanzas de Bustamante Alsina que “responder significa dar cada uno cuenta de sus actos...²”. Ello por cuanto “la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado...³”.

Pizarro y Vallespinos, al momento de precisar el concepto sostienen que “responsabilidad civil es la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro⁴”.

Por su parte, en un reciente estudio, Mayo y Prevot precisan que “la responsabilidad civil consiste en una técnica de imputación que con el auxilio de un factor de atribución permite cargar las consecuencias perjudiciales de un evento dañoso a un sujeto, que con su comportamiento lo ha provocado, o que por su particular situación se estima oportuno que responda, o que por haber aportado las condiciones idóneas para que el menoscabo se consumase, se entiende, es económicamente justo lo repare...⁵”.

Más allá de estas conceptualizaciones generales sobre que se entiende por “responsabilidad civil”, es relevante para este estudio, porque ello va a permitir deslindar el punto de inicio y el final de la etapa “post contractual” como la naturaleza de la misma, conocer cual de sus presupuestos constitutivos (daños, relación de causalidad, antijuricidad o factor de atribución) es el que jalona la separación entre la contractual y la aquiliana.

¹ El presente trabajo fue preparado en el año 2009, para un proyecto de Código de Comercio Comentado que se frustró en su concreción.

² Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Novena Edición Ampliada y actualizada, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997), p. 71.

³ Bustamante Alsina, Jorge, ídem, p. 73.

⁴ Pizarro, Ramón Daniel – Vallespinos, Carlos Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”, Tomo 2, (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999), p. 449.

⁵ Mayo, Jorge Alberto – Prevot, Juan Manuel, “Responsabilidad contractual”, (La Ley, Buenos Aires, 2007), p. 8/9

En ese sentido, se puede recordar las enseñanzas del profesor sanjuanino Aguiar cuando decía que “en las obligaciones legales, el derecho violado es el que gozan por igual todos los individuos que ocupan la misma posición dentro del cuerpo social. Por lo tanto, la culpa aquiliana se refiere a la violación de un derecho absoluto, cuya existencia no depende de voluntad individual alguna, y cuyos elementos son siempre los mismos para todos; al paso que la obligación contractual, es una tomada especialmente a su cargo por el deudor, en razón de la confianza que hizo en él su acreedor, y se refiere a un derecho que tiene su origen en el contrato, cuya extensión fue fijada en éste por la voluntad de las partes, y que no existe sino en la medida previstas por éstas. Por eso se ha dicho que “la responsabilidad no nace sino del contrato y no existe sino en la medida creada por el mismo contrato”⁶.

Como se colige, este autor pone énfasis en la génesis de la norma vulnerada que genera la ilicitud para demarcar el campo de actuación de cada una de las responsabilidades cuyos estatutos son formalmente separados por el art. 1107 del Código Civil. O, es la general, prevista en el art. 1109 del Código Civil que impone a todos el deber de indemnizar el daño causado primitivamente por culpa –hoy extensivo a factores objetivo de reprochabilidad- para la responsabilidad aquiliana. O, es la vulneración de las pautas contractuales establecidas por las partes que conforme el art. 1197 C.C. es una “regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, para la responsabilidad contractual.

La escuela plantense, cuyo pensamiento es expuesto actualmente por Trigo Represas y López Mesa, asevera concordantemente que “un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionado. En este sentido la responsabilidad presupone un deber jurídico (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber jurídico es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quién la debe hacer u omitir es el sujeto obligado. El deber jurídico genérico, preexistente a toda relación jurídica es el de no dañar (*alterum non laedere*). La obligación de reparar nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, pues los individuos están sometidos a un orden jurídico, con el doble alcance de observar el deber de cumplir las normas o atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que consiste en este caso en la indemnización de los daños y perjuicios. Pero la trasgresión o no acomodamiento de la conducta a la norma, que implica el incumplimiento del deber, presupone precisamente la existencia de éste; lo cual se corrobora con el efecto sancionatorio consiguiente merced al cual la eficacia obligatoria de la norma se obtiene sin la cooperación y, aún contra la voluntad, de la persona. De ahí que otros autores opten por definir la responsabilidad civil, como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso⁷”.

Por su parte se suman, a precisar la diferencia, las enseñanzas de Mayo – Prevot quienes sostienen que “la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual tiene un solo fundamento conceptual posible y es que la primera nace del incumplimiento de una obligación preexistente, mientras que la segunda surge ex novo de la comisión de un hecho ilícito”. Ello por cuanto “la responsabilidad contractual, en cuanto emana del incumplimiento de un deber específico y determinado, tanto en relación al objeto como al sujeto obligado, difiere de la aquilina, que se suscita entre sujetos que no estaban ligados anteriormente por una relación de naturaleza obligacional, sino más bien por un deber preexistente, genérico e indeterminado, impuesto por la ley⁸”.

⁶ Aguiar, Henoch D., “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, II “Actos ilícitos – Responsabilidad Civil”, (Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950), p. 382.

⁷ Trigo Represas, Félix – López Mesa Marcelo J., “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tº I, (La Ley, Buenos Aires, 2004), p. 16/17.

⁸ Mayo, Jorge Alberto – Prevot, Juan Manuel, ob. cit., p. 64. (citar a Breccia)

En otras palabras, “el carácter “originario” o “derivado” de la obligación resarcitoria es el único fundamento conceptual posible de la vetusta *summa divisio*. Por este motivo, se dice que la relación obligacional suscitada entre las partes dota a la responsabilidad por incumplimiento de una suerte de “especificidad” respecto a la generalidad que caracteriza a la aquiliana. Vale decir, que es específica en relación a la obligación primaria y al título que le es fuente⁹”.

En síntesis para estos autores “en la responsabilidad aquiliana la relación obligacional surge una vez acaecido el evento de daño, es decir, no hay vínculo obligatorio preexistente entre los sujetos y, solo una vez producido el menoscabo, nace la obligación de reparar. En la responsabilidad contractual, en cambio, la relación obligacional ya existe entre las partes antes que el deber de prestación del deudor sea incumplido¹⁰”.

El pensamiento expuesto por los distintos juristas que han tratado particularmente el tema, sin lugar a hesitación, ratifican que la calificación como contractual o aquiliana de la responsabilidad, en nuestro ordenamiento, responde al origen legal del deber de no dañar infringido. Si contraviene la norma convencional será contractual. En cambio, si es contraria la acción dañadora a la norma general será aquiliana.

3. El “daño resarcible” en la responsabilidad aquiliana.

Uno de los aspectos más sorprendente del actualmente denominado derecho de daño, es justamente la mutación del contenido del “daño resarcible” que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil, particularmente para el ámbito de la responsabilidad aquiliana.

Esa transformación conceptual, cabe consignar, no es producto de la evolución legislativa, sino por el contrario, es el resultado de las transformaciones socio-económicas acaecidas en la Argentina que motivaron profundas meditaciones de la doctrina autoral que a partir de la percepción de los cambios, procuraron compatibilizar los nuevos reclamos de justicia con la estática letra de la normas civil. En el mismo nivel de apremio se encuentra la doctrina judicial, que a través de sus sentencias, intenta dar respuesta a las modernas exigencias de equidad formuladas por la sociedad en sus demandas de resarcimiento.

Sin tener como objetivo la realización de una acabada narración histórica de la evolución del concepto, es oportuno recordar, como lo hace Orgaz, que en los primeros tiempos únicamente se entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. Así para el tema que nos ocupa decía que “los artículos 1079 civil y 29 penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a “toda persona” o al “tercero” que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, sólo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley...¹¹”.¹²

⁹ Mayo, Jorge Alberto – Prevot, Juan Manuel, ob. cit., p. 66/67.

¹⁰ Mayo, Jorge Alberto – Prevot, Juan Manuel, ob. cit., p. 67.

¹¹ Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, Correcciones e índice a cargo del abogado Miguel Domingo Martínez, (Marcos Lerner – Editora, Córdoba, 1992), p. 98/99.

¹² Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, 2da. Edición actualizada y ampliada”, Ira. reimpresión, (Astrea, Buenos Aires, 1993), p. 29 sostiene que “es correcto distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pero con esta salvedad: todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo. El interés legítimo trasciende en derecho subjetivo cuando su objeto es un poder de actuación conferido por la ley en beneficio directo y exclusivo de su titular. Si, en cambio, se trata de preservar o mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa, sin lesión actual de un bien jurídico directo y exclusivo –aún cuando la preservación de la legalidad de esa situación jurídica pueda, eventualmente, y en el futuro, llegar a provocar esa lesión – hay sólo un interés jurídico que no es derecho subjetivo. Pero en estos casos la tutela del interés legítimo no se funda en un daño personal sino en la presentación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar, en el futuro, a frustrar derecho subjetivo...”.

Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión del concubino, la del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc., de la legitimación para reclamar el daño material.

En una etapa posterior, se entendió –de igual modo - resarcible “el simple interés” no contrario a derecho que fuera magistralmente precisado por Zannoni cuando dijo que “el daño lesiona un interés y por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito –el *agere licere*-, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés – cualquiera sea éste- produce, en concreto, un perjuicio...¹³”.

Como se puede colegir, la lógica consecuencia de aceptar este criterio amplio, es la inclusión, de nuevos legitimados para reclamar, como es por ejemplo, el caso del concubino sobreviviente.

Esta breve referencia a la evolución del “daño resarcible” para el ámbito extracontractual, tiene por finalidad mostrar que los conceptos utilizados por la doctrina y jurisprudencia sufren mutaciones en su contenido que denotan los cambios sociales y económicos que se han producido en la sociedad argentina a lo largo de la vigencia de la codificación decimonónica.

4. El “daño resarcible” en la responsabilidad contractual.

En la esfera de la responsabilidad contractual, su evolución marca el ensanchamiento de sus fronteras. Así, se verifica en una primera etapa que se recepcionó el resarcimiento de los daños ocasionados en el período precontractual. Posteriormente, la doctrina autoral y judicial aceptaron la posibilidad de resarcir daños producidos luego de cumplidas las obligaciones tipificantes del contrato, en lo que se conoce bajo la denominación de responsabilidad post contractual.

4.1. El daño contractual.

Los profesores Mayo – Prevot señalan que “con la expresión “responsabilidad contractual” se designa la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes, aunque no tenga su origen en un contrato por lo que la terminología no resulta del todo adecuada, es mejor hablar de “responsabilidad por incumplimiento de una obligación preexistente o “responsabilidad obligacional” para referirse a la clasificación llamada contractual, y responsabilidad aquiliana en vez de extracontractual aún cuando la fuerza de la tradición y la opción por la claridad expositiva nos lleven a continuar utilizando en el texto la denominación clásica o ambas indistintamente¹⁴”.

En este sentido, el Código Civil se ha preocupado en su normativa por fijar las pautas relacionadas con el daño derivado del incumplimiento de las obligaciones, en general, en los arts. 505 inc. 3 (para obtener las indemnizaciones correspondientes), 506 (responsabilidad por los daños del dolo en el cumplimiento de la obligación), 507 (no a la dispensa de dolo), 508 (daños por culpa en el cumplimiento de la obligación).

En particular, en el Título 3 denominado “De los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero” estatuye en los arts. 519 a 522 Código Civil el alcance del daño por la inexecución de las obligaciones de origen contractual.

Para las obligaciones de dar cosa cierta -Título 7 Capítulo I- el art. 576 reglamenta que “el deudor de la obligación es responsable al acreedor, de los perjuicios e intereses, por falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo estipulado, o en el lugar y tiempo que el juez designare, cuando no hubiese estipulación expresa”.

¹³ Zannoni, Eduardo A., ob. cit., p. 36/37.

¹⁴ Mayo, Jorge Alberto – Prevot, Juan Manuel, ob. cit., p. 61.

De igual modo, en el Título 7 Capítulo III se reglamenta respecto de las sumas de dar dinero en los arts. 622, 623 y conc., el régimen punitivo para los deudores morosos.

Para caracterizar a la responsabilidad de origen contractual, en el sistema dualista como es el adoptado por nuestro Código Civil, la doctrina autoral utiliza el método comparativo con la aquiliana y destaca, en primer lugar, la naturaleza del deber quebrantado: Violación de un deber preexistente, en la contractual. Y la trasgresión del genérico deber de no dañar en la extracontractual.

Trigo Represas y López Mesa, recalcan que “la culpa contractual se presume y no necesita ser probada por el acreedor, pues el propio incumplimiento del contrato hace presumirla. La culpa extracontractual no se presume y debe ser probada por el acreedor”, aclarando que después de la reforma del art. 1113 C.C. este argumento no puede esgrimirse cuando se relaciona con los daños ocasionados con las cosas y por el vicio o riesgo de la cosa. De igual modo, estiman que “el carácter de la indemnización, en la culpa contractual, es resarcitorio, a diferencia de lo que ocurre en la culpa extracontractual, donde es sancionatorio”¹⁵.

Otra de las notas distintivas que se hacen saber para la procedencia de la responsabilidad contractual es la necesaria constitución en mora del deudor. Va de suyo, que la reforma introducida por la Ley 17.711 al art. 509 del Código Civil modificó el principio general imponiendo la mora automática al vencimiento de una obligación con plazo cierto. En cambio, en la responsabilidad aquiliana el deber de indemnizar los daños ocasionados surge coetáneo con el hecho generador de los perjuicios. No puede presumirse grado alguno de tolerancia.

También se acuerda que la responsabilidad aquiliana es más amplia en sus alcances que la contractual. Verbigracia, para ser responsable por un hecho ilícito se requiere la edad de 10 años conforme el art. 921 y 1076 del Código Civil; en cambio, para comprender el significado de los actos lícitos se requiere la edad de 14 años, teniéndose plena libertad contractual una vez alcanzada la mayoría de edad.

En cuanto al alcance del resarcimiento en la responsabilidad de origen contractual se resarce únicamente las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520 C.C.). En cambio, en la aquiliana se indemnizan las consecuencias inmediatas (art. 903 C.C.), mediatas previsibles (art. 904 C.C.) y las puramente cuando debieron resultar de las consecuencias posibles de los hechos (art. 905 C.C.).

Con relación a los plazos de prescripción se ha determinado una regulación sustancial diferenciada. Así, la prescripción de las obligaciones de origen contractual se verifica a los diez años (art. 4023 C.C.). Por su parte, para la extracontractual, es de dos años (4037 C.C.).

Como consecuencia de reconocer diferencia entre las dos clases de responsabilidad en estudio, la ley adjetiva fija competencia territorial teniendo en cuenta las particularidades del deber trasgredido y, en algunas jurisdicciones, se marca la diferencia entre la naturaleza civil o comercial del contrato incumplido.

4.2. La responsabilidad civil en el ámbito precontractual.

Los distintos autores que han tratado el tema de la responsabilidad precontractual coinciden en aseverar que esta posibilidad resarcitoria es el primer ensanchamiento que sufre la clásica responsabilidad derivada de la inejecución de un contrato. En ese sentido, se puede verificar que en el código de Vélez no se hace referencia normativa alguna sobre las tratativas anteriores a la oferta.

El ilustre profesor Brebbia cuando trataba la evolución de la doctrina sobre la responsabilidad precontractual recuerda que fue Rudolf von Ihering quién realizó el primer

¹⁵ Trigo Represas, Félix – López Mesa Marcelo J., ob. cit, p. 7.

estudio sistemático de la culpa *in contrahendo*¹⁶ sintetizando su pensamiento del siguiente modo: 1. La culpa *in contrahendo* es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del periodo de formación del contrato); 2. El mismo grado de diligencia se debe prestar en el período de formación del contrato que en el período de ejecución; 3. Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros; 4. Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa *in contrahendo* se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual y 6. Para que pueda haber culpa *in contrahendo* tiene que haber existido oferta; las meras tratativas, anteriores a la promesa del contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad civil basada en esa especie de culpa.

El segundo hito en la evolución doctrinaria es marcado por el jurista italiano Gabriel Faggella¹⁷, el cual sostiene que el fundamento de la responsabilidad precontractual no se encuentra en la culpa, como lo suponía Ihering, sino en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para entablar negociaciones. Esta violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia, basta una separación arbitraria, sin motivo, de las tratativas para que ello ocurra.¹⁸

Por su parte, en la opinión de Saleilles, recuerda Brebbia, las partes que se han puesto en contacto para concluir un contrato tienen desde el primer momento la obligación de obrar conforme a la equidad comercial y a la buena fe, por lo tanto, existe retiro intempestivo de las tratativas cuando una de las partes viola los usos impuestos por la equidad comercial. Este autor citado, de igual modo desestima la teoría del interés negativo, limitando el monto del resarcimiento a los gastos que efectivamente se produjeron a raíz de las tratativas.¹⁹

A partir del análisis de las opiniones vertidas por estos autores, el profesor de referencia, concluye sosteniendo que “existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que deriva un daño al otro precontratante, surge la obligación de resarcir el daño causado”. Los caracteres específicos son los siguientes: 1) Debe mediar la comisión de un acto ilícito; 2) Ese acto ilícito debe ser –por lo general– culposo. Dicha culpa se configura, en principio, por el quebrantamiento del deber de obrar con cuidado y previsión que establece el art. 1198 del Código Civil, para todo lo relativo a la concertación del contrato; aunque también se puede originar por el incumplimiento de una promesa con valor vinculante; 3) El acto ilícito debe ocurrir en el periodo precontractual y tener una conexión causal adecuada con las negociaciones preliminares y, 4) los sujetos activos y pasivos de la relación de responsabilidad no puede ser otros que los precontratantes. Los daños causados por terceros o a terceros, son regidos en forma directa por las normas relativas a la responsabilidad aquiliana²⁰

Por su parte, Mosset Iturraspe entiende que “en sentido relativo y sujeto a las particularidades del caso, que se abren las puertas de la responsabilidad en esta etapa previa al contrato definitivo cuando se vulnera la libertad negocial de las partes, o cuando actuando sin la debida buena fe se cause un daño a otro²¹”.

En el mismo sentido, Le Tourneau – Cadiet enseñan que “los negociadores deben comportarse lealmente en las *pouparlers* y que existe culpa y responsabilidad si las *pouparlers*

¹⁶ Brebbia, Roberto H., “Responsabilidad precontractual”, (Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987), p. 46, cita a Ihering, Rudolf Von, “De la culpa *in contrahendo* ou des dommages-intérêts Dans les conventions nulles on restées imparfaites”, en Oeuvres choisies, Trad. francesa por O. Meulenaere, París, 1893, ps 1 a 100.

¹⁷ Brebbia, Roberto H., ob. cit., p. 52 cita a Faggella, Gabriel, “De los periodos precontractuales y de su verdadera y exacta construcción científica” en “Studi giuridici in onore di Carlos Fadda”, Nápoles, 1906.

¹⁸ Brebbia, Roberto H., ob. cit., p. 55.

¹⁹ Brebbia, Roberto H., ob. cit., p. 57.

²⁰ Brebbia, Roberto H., ob. cit., p. 96.

²¹ Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., “Responsabilidad precontractual”, (Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires – Santa Fe, 2006), p. 34.

han sido entabladas por una parte sin intención de negociar seriamente, o si ella las ha alargado innecesariamente luego de tener tomada la decisión de no concluir el contrato; también, cuando luego de un largo periodo de incertidumbre y de tergiversaciones, una parte pone fin brutalmente y sin previo aviso a la relación. Tales actos son constitutivos de abuso del derecho y la responsabilidad de ellos resulta delictual”²².

Para completar esta breve reseña de la responsabilidad precontractual resulta oportuno recordar en la palabra del profesor santafecino antes mencionado, cuando responde el interrogante de cual es el daño resarcible en la responsabilidad precontractual. En ese sentido dice que “depende de que las partes hayan o no previsto este tema del quantum indemnizable y de los daños que merecen ser indemnizados; de no estar previsto o pactado, los jueces tienen una regla o criterio básico, que se desprende de “la relación de causalidad adecuada”, art. 901 y sig. del Código Civil; se estima “consecuencia normal y previsible” la reparación de sólo el “interés negativo” en el ámbito patrimonial; dicho “interés negativo” o de confianza abarca todo lo que el acreedor hubiera tenido –como parte de su patrimonio- si no hubiera confiado en los tratos preliminares, luego frustrados y de que se suele equiparar dicho interés negativo o de confianza a los “daños emergentes”, reducción o achicamiento patrimonial”²³.

5. La responsabilidad postcontractual.

El segundo ensanchamiento de la resarcibilidad de los daños emergentes de una relación contractual es la sistematizada por la doctrina autoral y judicial bajo la denominación de “responsabilidad postcontractual”.

Para dar un concepto de ella resulta ineludible responder primero al interrogante de cual es su alcance temporal: cuando se inicia y hasta donde alcanza.

Ello va unido a la determinación de la naturaleza jurídica que implica discernir cual es la calidad del deber infringido.

En esta introducción al tema central de nuestro estudio, es necesario expresar que a lo largo de lo expuesto precedentemente hemos tratado de vislumbrar cual de los presupuestos constitutivos del deber de responder es el que básicamente caracteriza a la responsabilidad contractual y, de suyo, marca la diferencia con la aquiliana. En ese sentido, entendemos que es la clase u origen de la ilicitud y no la culpa como proponen algunos autores.

Para que se configure la responsabilidad contractual se debe trasgredir una obligación preexistente que fija un deber específico y determinado para el sujeto deudor también individualizado en el acuerdo de voluntades. En cambio, en la aquiliana el deber vulnerado es genérico y se traba entre sujetos que antes no tenían relación alguna.

Ello es trascendente en la determinación de la naturaleza jurídica de este deber de responder por los daños “postcontractuales”.

5.1. Delimitación temporal.

La demarcación temporal del ámbito de la responsabilidad postcontractual, como habíamos advertido precedentemente, adquiere una particular relevancia toda vez que su definición va ineludiblemente asociada con su naturaleza jurídica respecto de la cual la doctrina autoral se divide entre quienes la consideran de origen contractual y los que estiman que es

²² Le Tourneau – Cadiet, “Droit de la responsabilité”, p. 86 N° 251 citado por Trigo Represas – López Mesa, ob. cit. T° 2 p. 708.

²³ Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A., ob. cit., p. 293.

aquiliana, existiendo otros pensamientos conciliadores que serán examinados extensamente en los apartados siguientes.

Sobre el punto, Leiva Fernández considera “postcontractual a la responsabilidad en la que se incurre por alguno de los ex co-contratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho posterior o anterior a dicha satisfacción. Será de naturaleza jurídica contractual si encuentra su causa en la violación de un deber legal, o en las previsiones tácitas del contrato cuya violación lleven a frustrar la ventaja obtenida al celebrarlo, y extracontractual en los demás casos. El período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato y se extiende en el tiempo hasta un plazo indeterminado que debe coincidir con el de la prescripción liberatoria²⁴”.

Para este autor el período “postcontractual” principia cuando se han satisfecho las obligaciones principales que tipifican el contrato, criterio que compartimos pero que se encuentra sujeto a las críticas de quienes estiman que la naturaleza siempre es aquiliana, pues implícitamente están sosteniendo que el plazo se iniciaría después de que se han cumplido todas las obligaciones emergentes del contrato.

Es decir, para ellos “post contractual” principia cuando ya no existe contrato vigente en sus obligaciones principales o accesorias.

En respuesta a ello, cabe aseverar que si se han satisfecho todas las obligaciones principales, accesorias y los deberes secundarios de conductas, ya no existe contrato, por lo cual un daño en ese periodo no tendrá vinculación alguna con el contrato que relacionó a las partes.

Va de suyo, que la terminología utilizada (“*postcontractual*”) no es la mas idónea para describir jurídicamente el ámbito temporal de esta responsabilidad. El termino contiene un prefijo -“*post*” - de origen latino el cual significa “detrás de” o “después de”, de donde la responsabilidad tratada sería la acaecida a posteriori del contrato que involucró a las partes.

Sin perjuicio de ello, entendemos que este periodo principia con el cumplimiento de las obligaciones principales que caracterizan al contrato y se extiende hasta que se hayan satisfecho todos los deberes secundarios emergentes del mismo, particularmente las abstenciones, las obligaciones de no hacer que incumplidas pueden frustrar el fin del convenio.

5.2. Características.

Para desarrollar este punto seguiremos el método empleado por el profesor Leiva Fernández, quién trabajó con particular denuedo el tema procurando descubrir cuales son las características tipificantes de la responsabilidad post contractual.

5.2.1. Involucran a un tercero.

En primer lugar se destaca que los hechos postcontractuales generadores de responsabilidad siempre involucran a terceros. El autor citado entiende que “no parece haber nada entre los ex contratantes que constituya un supuesto de responsabilidad que no involucre a un tercero, mientras que sí puede haber responsabilidad precontractual sin involucrarlo²⁵”.

Esta particularidad entendemos no resulta vital para caracterizar a la responsabilidad “postcontractual” puesto que la trasgresión a la norma contractual que genera la antijuridicidad reprobada es siempre por parte de uno de los contratante y no de un tercero.

²⁴ Leiva Fernández, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, La Ley 2002-D, 1336 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1019.

²⁵ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

El tercero solo podrá beneficiarse con la conducta dañina del contratante, pero como se podrá verificar mas adelante, esto no acontece siempre por lo cual estimamos que no es un carácter propio de la responsabilidad postcontractual.

5.2.2 Obligación de no hacer.

En el ámbito postcontractual, asegura Leiva Fernández, “la responsabilidad se origina en el incumplimiento de prestaciones de no hacer. Vg. que el vendedor de un inmueble que es dueño de la propiedad de otro contiguo no edifique en éste de manera que desmerezca el valor del que fue objeto de la venta o no impedir que el ex locatario deje en el inmueble un aviso escrito indicando su nueva dirección”. En cambio, sostiene que “en el ámbito precontractual se responde por incumplir una serie de deberes de conducta (deber de cooperación, de información, etc.). Tales deberes se satisfacen en el cumplimiento de prestaciones de hacer o de no hacer”.²⁶

5.2.3. Están establecidas para la no frustración del contrato.

El profesor transcrito señala que “la mayoría de los casos tienen en común no sólo ser obligaciones de no hacer, y que involucran a terceros, sino que es un no hacer necesario para que el contrato no frustre sus efectos”.

Es decir, “el fundamento jurídico por el cual es posible atribuir a hechos posteriores al contrato ya extinguido, una naturaleza contractual, es que, a semejanza de la aplicación de la ley (norma general) que suscita supuestos de ultra actividad, también hay casos de ultra actividad del contrato, que -en definitiva- no es más que una norma singular²⁷”.

5.3. Naturaleza jurídica.

5.3.1. Tesis extracontractual

Los autores que se enrolan en sostener una naturaleza extracontractual de la responsabilidad post contractual tienen como premisa considerar que ella acontece luego de extinguido el contrato. La conclusión del convenio debe ser total, en otras palabras, tanto de las obligaciones principales que lo tipifican como de los deberes secundarios o accesorios.

Trigo Represas²⁸ y López Mesa recuerdan que “Le Tourneau y Cadiet, consideraban que hallándose extinguido el contrato, la responsabilidad denominada “postcontractual” no puede sino tener naturaleza delictual²⁹”.

De igual modo, en forma individual López Mesa se pronuncia por sostener que la “naturaleza será normalmente extracontractual o aquiliana³⁰”.

²⁶ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

²⁷ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

²⁸ Trigo Represas, Félix A. – Cazeaux, Pedro N., “Derecho de las obligaciones”, Tº1, (Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 1979), en p. 301, siguiendo su tradicional posición, hacen referencia a la culpa postcontractual para referirse a este tipo de responsabilidad poniendo el énfasis en el factor de atribución subjetivo mas que en la antijuricidad del deber incumplido.

²⁹ Le Tourneau- Cadiet, “Droit de la responsabilité”, p. 83 citado por Trigo Represas, Félix – López Mesa, Marcelo J., “Tratado...”, ob. cit., Tº II, p. 890

³⁰ López Mesa, Marcelo J., “La responsabilidad postcontractual”, Eldial.Express, http://www.eldial.com.ar/eldialexpress/tcd.asp?id=2236&id_publicar=4308&fecha_publicar=09/05/2006&numero_edicion=2030&titulo_rojo=Doctrina.

Este autor para sustentar su posición se apoya, de igual modo, en las palabras de Le Tourneau, el cual sostiene que “cuando el contrato no existe más, porque él ha acabado sus efectos, ha sido rescindido o resuelto, la responsabilidad que podrá ser posteriormente comprometida entre los antiguos contratantes no puede ser más que delictual”. Sin embargo, rápidamente se coloca en una posición dubitativa cuando a continuación expresa “que la esencia de esta responsabilidad sea normalmente extracontractual, no significa que ella no pueda, excepcionalmente adquirir raigambre contractual, cuando los contratantes regularan en su contrato la situación post contractual, estableciendo cláusulas que previeran ciertas obligaciones de no hacer y las consecuencias indemnizatorias de su incumplimiento. En este caso, todo incumplimiento a los compromisos así suscriptos podría entonces dar lugar a daños e intereses contractuales”³¹.

Más adelante en su razonamiento trae a colación el contenido de un fallo nacional en donde se dijo que la responsabilidad nacida del contrato comienza y desaparece con éste pues, en principio, desde que el mismo ha agotado su finalidad típica, no puede suscitarse problema alguno con ocasión del contrato celebrado entre las partes.³²

En esta tesitura se ubica con algunos matices diferentes el pensamiento de Alterini, “después de que el contrato ha agotado sus efectos jurídicos, algunos deberes que subsisten pueden ser transgredidos actuando con la culpa que es denominada postcontractual; por ejemplo la violación de los secretos de fábrica que haga un ingeniero de planta con posterioridad a cesar en sus funciones (ver art. 85, ley 20.744, t. o., dec. 390/76 sobre el deber de fidelidad del trabajador). Pero tampoco hay aquí una categoría especial de culpa, pues se subsume en la extracontractual. De una manera general, dice Lalou³³, corresponde aplicar los preceptos de la responsabilidad extracontractual cuando se comete culpa “después del contrato, o al costado del contrato”...³⁴”

También podemos citar de la doctrina francesa el pensamiento de Mazeaud – Tunc cuando señalan que “cabría pretender con menos ficción de la que supone la teoría de Ihering, que esa responsabilidad contractual: se diría que entre el patrono y el ingeniero había una convención tácita en cuyos términos el ingeniero se comprometía a no entrar en servicio de un competidor; se observará que el contrato es uno de los fundamentos de la acción de responsabilidad. Sin embargo, es preferible considerar que la responsabilidad es delictual. Por no haber estipulado nada las partes, son los principios generales del derecho los que le prohíben al ingeniero entrar al servicio de un competidor; el contrato se invoca menos en el litigio como creador de obligaciones que como un hecho que torna desleal ciertas actitudes. Asimismo es delictual la responsabilidad de un contratante cuyo contrato ha llegado a expirar, pero que le haga creer a la otra parte que el contrato subsiste y que por ese hecho le ocasiona un perjuicio”³⁵.

³¹ Le Tourneau, Philippe, “Droit de la responsabilité et des contrats”, Dalloz, París, 2004, p. 248, N° 912, citado por López Mesa, Marcelo J., ídem.

³² CNCiv., Sala B, 30/11/97, “Las Heras, Antonio c/ Salgado de Licciardo, Rita y otro”, LL 1997-E-1033 (39.866-S) y DJ 1997-3-715, SJ. 1424.

³³ Lalou, Henri, “Traité pratique de la responsabilité civile”, p. 300, Ed. Dalloz, Paris, 5ª ed., 1955, cit. por Dubove, Jorge P., “Responsabilidad postcontractual” en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIV, p. 962, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1967.

³⁴ Alterini, Atilio Aníbal – Ameal, Oscar José – López Cabana, Roberto M., “Derecho de obligaciones – Civiles y Comerciales”, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996), N° 444, p. 187. López Mesa, Marcelo J., advierte que Alterini (“Contratos Civiles – Comerciales de Consumo. Teoría General”, p. 529.) tendría una posición distinta cuando dice que “lo postcontractual...sólo denota temporalmente a lo que es ulterior al cumplimiento de las obligaciones principales del contrato. Pero las obligaciones accesorias o secundarias que aún subsisten para las partes no pueden ser consideradas extrañas al contrato...el incumplimiento de deberes contractuales accesorios o secundarios –aunque las obligaciones principales hayan sido cumplidas – no está después del contrato, sino dentro del contrato, de lo cual se sigue que la responsabilidad emergente debe ser calificada como contractual”.

³⁵ Mazeaud, Henri y Leó – Tunc, André, “Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y contractual”, prefacio por Henri Capitant, Tomo primero Volumen I, Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo (Ediciones Jurídica Europa-América – Buenos Aires – 1961), p. 170.

5.3.2. Tesis contractualista.

Uno de los principales exponentes de la línea de pensamiento que observa que se vulneran deberes de origen contractual en la generación de la responsabilidad postcontractual es el profesor Picasso cuando dice que la misma “tiene, en realidad, naturaleza contractual, pues se deriva del incumplimiento de verdaderas obligaciones que vinculan a las partes y, aún más, de obligaciones que derivaban del acuerdo supuestamente “extinguido”. Para así concluir, partimos de considerar que el contrato sólo “se extingue” verdaderamente cuando deja de producir efectos. Es decir que mientras mantenga vigencia alguna de las obligaciones que el acuerdo generó, el contrato seguirá vivo, aún cuando se trate simplemente de obligaciones accesorias³⁶”.

Ello es así para este autor, por cuanto “en materia del contrato no se reduce simplemente a las estipulaciones de las partes. El mismo tiene, por el contrario, un contenido mucho más laxo, integrándose con las normas imperativas y supletorias aplicables a la figura en cuestión (estas últimas, siempre que no hayan sido modificadas por las partes), y por aquellas consecuencias que pueden considerarse implícitamente contenidas en ellos. Respecto de esta última cuestión (lo implícito en el contrato), cobra fundamental importancia la eficacia jurídica de la buena fe...³⁷”

De igual modo corresponde incorporar a esta línea de pensamiento a Pérez cuando asegura que “tanto cuando se haya pactado especialmente una cláusula de éstas como cuando no, la responsabilidad sigue siendo contractual. Ello por la necesidad que las partes, aún después del contrato, sigan actuando de buena fe. En el primer caso el fundamento está en el respeto a una disposición aún no extinguida; en el segundo, en el deber de actuar de acuerdo a la buena fe³⁸”. Este autor introduce un detalle relevante que debe ser tenido en cuenta en los análisis que se efectúen del tema como es que los deberes secundarios pueden haber sido o no pactados en el contrato.

Un con matiz muy personal el pensamiento del profesor español Jordano Fraga debe ser incluido en esta posición cuando sostiene que “la noción de responsabilidad contractual resulta ampliada, pues junto a la responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto (derivada de la violación del deber de prestación), aparecen los supuestos de violación de deberes de protección que se refieren a intereses diversos³⁹”.

5.3.3. Tesis ecléctica.

En lo que podemos denominar criterio o tesis ecléctica pues colecta parte de ambos criterios, se ubica el pensamiento de Leiva Fernández, el cual argumenta como síntesis que “la naturaleza jurídica de la responsabilidad postcontractual es plural, existen supuestos de naturaleza contractual y otros de naturaleza jurídica extracontractual⁴⁰”. En otras palabras, considera “postcontractual a la responsabilidad en la que se incurre por alguno de los ex contratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho posterior o anterior a dicha satisfacción. Será de naturaleza jurídica

³⁶ Picasso, Sebastián, “La responsabilidad pre y postcontractual en el proyecto de unificación civil y comercial de 1998”, en libro “Instituciones de Derecho Privado Moderno – Problemas y propuestas”, (Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires), p. 487.

³⁷ Picasso, Sebastián, “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 487.

³⁸ Pérez, Eduardo Andrés, “Responsabilidad Postcontractual”, página web Colegio de Abogados de La Plata, www.calp.org.ar/Instituc/Areas/Acad/pjw/Postcont.doc

³⁹ Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, (Editorial Civitas SA, Madrid, España, 1987), Primera edición, p. 142.

⁴⁰ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

contractual si encuentra su causa en la violación de un deber legal, o en las previsiones tácitas del contrato cuya violación lleven a frustrar la ventaja obtenida al celebrarlo, y extracontractual en los demás casos.

5.3.4. Nuestra opinión.

A lo largo de esta investigación fuimos dejando señales que en este punto resulta necesario colectar para emitir nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica de la denominada responsabilidad “*postcontractual*”.

5.3.4.1. Reflexiones sobre la denominación.

La primera advertencia se vincula con la denominación (“*postcontractual*”) que literalmente está ubicando el tema en una etapa posterior a la extinción del contrato, cuando – en sentido contrario – se verifica que los incumplimientos que generan daño son de los deberes secundarios emergentes del contrato que en algunos casos se encuentran expresamente convenidos y, en otros, surgen implícitos por la incorporación al pacto de normas imperativas u supletorias existentes en los Código Civil y de Comercio.

Por ello, propiciamos que deba entenderse por etapa postcontractual la que se inicia cuando se han cumplido las obligaciones principales tipificantes del contrato hasta la total extinción de los deberes secundarios o accesorios de conducta a cargo de las partes contratantes.

Por cierto, que no compartimos el criterio de que sería aquiliana la responsabilidad postcontractual, mas allá de reconocerle a sus autores que son congruentes, pues si se estima que el contrato no tiene vigencia por la razón que fuere, no se podría trasgredir una norma contractual específica sino que se vulnerará una norma genérica, especialmente la de no dañar.

Va de suyo que calificar de postcontractual a la responsabilidad por el solo hecho de tener una ubicación a posteriori de haber sido cumplida la obligación principal, jurídicamente, no es suficiente sino que resulta relevante precisar – como hemos intentado – cual es el origen del deber infringido en ese tiempo.

El origen del deber vulnerado marca la conexión con el contrato y su propósito económico y social que justificó su existencia. Cuando esta vinculación racional se corta por cierto que estamos en otro ámbito de responsabilidad, la aquiliana, aún cuando se vean involucrados los mismos contratantes.

5.3.4.2. Principio y fin de la etapa postcontractual.

La segunda advertencia deslizada, se relaciona con el momento de inicio y de finalización de la etapa postcontractual que ya hemos reseñado precedentemente. Sin perjuicio de ello y para completar el criterio es oportuno transcribir el pensamiento de Picasso cuando sostiene, defendiendo esta postura, que “la denominación utilizada es al menos capciosa, pues parecería dar a entender que la responsabilidad postcontractual se encuentra fuera del contrato, cuando es claro que ello no es así. Se trata, por el contrario, de situaciones donde lo que se ha extinguido son simplemente las obligaciones principales derivadas del contrato, pero subsisten aún alguna o algunas de las obligaciones accesorias que el mismo generó. De allí que resulte acertada la definición que formula Dahm, para quien la responsabilidad postcontractual “tiene en cuenta las

obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido⁴¹”.

5.3.4.3. Integración normativa del contrato.

En este punto de la investigación resulta necesario recordar el proceso de integración del contrato que por cierto se extiende mas allá de las cláusulas expresamente convenidas por las partes⁴².

En este sentido, en un primer momento se completa el plexo normativo contractual exigible con las normas supletorias, las cuales tienen por finalidad substituir la voluntad de las partes cuando hayan omitido definir algún aspecto de la vinculación contractual. Verbigracia, es muy común citar sobre el tema a los arts. 509, 1204, etc. del Código Civil.

La integración al plexo contractual exigible de las normas supletorias está jurídicamente aceptada, al punto que el art. 3 del Código Civil impide la aplicación retroactiva de las nuevas leyes a los contratos en curso de ejecución porque evidentemente se considera que forman parte del cuerpo del contrato y si se modifica se estaría transformando a éste retroactivamente.⁴³

En este punto debe precisarse que no deben asimilarse las normas supletorias aplicables con los deberes secundarios de colaboración y protección derivados del principio de la buena fe que también forman parte del contenido exigible del contrato, los cuales pueden estar previstos pero que normalmente no son estipulados sino que surgen de la naturaleza y finalidad social y económica en la cual se encuentra inmerso el contrato que tienden a la no frustración del mismo como lo señala Mosset Iturraspe⁴⁴.

⁴¹ Picasso, Sebastián, “La responsabilidad...” ob. cit., p. 486 cita a Dahm, Georg., “Deuschs Recht, 1951, p. 538, nota 7, citado por Puig Brutau, J., Fundamentos.

⁴² Lorenzetti, Ricardo Luis, “Tratado de los contratos”, Tº I, (Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999), p. 28. El profesor santafecino cuando determina las normas aplicables sostiene que una vez calificado el contrato se encuentran “las reglas establecidas por las partes por un lado, y por otro, las disposiciones legales pertenecientes al tipo general y especial”. A partir de ello, “interpretar el contrato es darle un sentido a las reglas pactadas por las partes, ya que la autonomía privada tiene preferencia en la jerarquía normativa de los contratos atípicos. En ese sentido debe ajustarse a las normas generales (objeto, causa, etc.) y al tipo especial aplicable”; “integrar el contrato es encontrar las normas aplicables a los supuestos no previstos por las partes. Tanto la parte general como la especial proveen un arsenal de reglas que suplen la voluntad de las partes”; y, finalmente, puede “rectificar el contrato que es ajustar la autonomía privada al orden público. De este modo, las reglas privadas pueden ser modificadas porque se apartan de normas imperativas”. En cambio, Solarte Rodríguez Arturo, “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solararteult..pdf, p. 294 sostiene que “la secuencia en el análisis del contrato deberá comenzar con la interpretación de la voluntad de las partes, para efectos de eliminar las incertidumbres que puedan existir al respecto, luego se realizará la calificación del negocio jurídico y, finalmente, se determinarán las fuentes normativas externas que sean necesarias para integrar el contenido del contrato, como a continuación pasamos a precisarlo”. Por nuestra parte, entendemos que la integración normativa del contrato se produce *ipso jure*, en forma coetánea con el perfeccionamiento del contrato, pues de otro modo no tendría razón legal la parte in fine del art. 3 del Código Civil. La tipificación del convenio y la interpretación de la voluntad contractual de las partes es a posteriori.

⁴³ Alferillo, Pascual Eduardo, “Introducción al Derecho Civil”, Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales, Secretaría Académica, 2000, p. 143. En ese párrafo se dijo que “(b) Modificable (Supletoria) Tradicionalmente se conoce a esta categoría como leyes supletorias, pero referenciado en las consideraciones que expondré, este vocablo resulta equívoco. Suplir implica integrar lo que falta de una cosa o remediar la carencia de ellas, cuando principalmente esta categoría caracteriza a las normas que las partes, de común acuerdo, pueden modificar o dejar sin efecto. El paradigma de esta clase de norma son las reglamentaciones de los contratos, por cuanto la voluntad de las partes puede modificar las mismas hasta el punto de llegar a la creación de un nuevo modelo contractual. Es decir, esta serían las normas modificables que también cumple función de ser supletorias...”. Como se colige la posibilidad de ser modificada y su integración al contrato cuando no se ha previsto la hipótesis que regula, son las características esenciales de las normas supletorias.

⁴⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, “El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo postcontractual” en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, N° 17, p. 205/206.

Respecto de este último tema, el autor citado pone de resalto la crisis de la concepción clásica que hacía primar el aspecto estático del contrato a la hora de su celebración destacando que ellos se hace para ser cumplidos, que forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, que su interpretación debía ser gramatical o literal, que el objeto es la operación jurídica tenida en cuenta, etc.⁴⁵, para pasar a la primacía de la dinámica del contrato.

En ese sentido, cobra especial importancia el estudio de la frustración del contrato que no acaece en cualquier contrato dado que es una vicisitud propia de un contrato válidamente celebrado –de donde se distingue de los vicios que lleva a la nulidad. De igual modo es ajena al momento estático y propio del dinámico, de las alternativas que ocurren durante la vida del negocio. También es extraña a los contratos de cumplimiento instantáneo, que se agotan en un solo momento; ha menester, para su producción, un contrato de larga duración y ocurre, por ende, en la etapa de ejecución o cumplimiento. La frustración no afecta a los elementos esenciales, entendidos en su sentido tradicional: consentimiento, objeto, causa (*causa data*); alcanza los fines del contrato, sean subjetivos o motivos determinantes, sean los objetos o propósitos económicos-jurídicos perseguidos; es decir, deviene, sin lugar a duda, de la alteración de las circunstancias tenidas en vistas al contratar, en cuanto las partes confiaron en el mantenimiento de los motivos y fines que las determinaron, de ahí que nada pactaron sobre la alteración⁴⁶.

Teniendo en cuentas estas enseñanzas de maestro santafecino la frustración del contrato para una de las partes puede provenir de circunstancias económicas ajenas a la voluntad de los contratantes, como ocurrió en algunas hipótesis con la pesificación de las deudas en dólares (Ley 25.561)⁴⁷. Pero, de igual modo, el incumplimiento de los deberes secundarios emergentes de la buena fe y de la naturaleza de la obligación contractual, por parte de algunos de los contratantes puede provocar la frustración de los fines del contrato, como acontece en el caso del pacto de no competencia en la enajenación de un fondo de comercio.

Precisada la distinción y relación posible es necesario introducirnos brevemente al estudio de los deberes secundarios de conducta que incumplidos pueden generar menoscabo a uno de los contratantes.

En esa dirección resultan muy pedagógicas las palabras de Solarte Rodríguez cuando enseña que “el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. Se señala que su origen está en planteamientos realizados por

⁴⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, Falcón, Enrique M., Piedecabras, Miguel A., “La frustración del contrato y la pesificación”, (Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Santa Fe, 1996), p. 18.

⁴⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, Falcón, Enrique M., Piedecabras, Miguel A., ob. cit., p. 66. Vinculado con el tema, uno de los primeros autores que se preocuparon por el tema fue Venini, Juan Carlos, “la revisión del contrato y la protección del adquirente”, (Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983), p. 39, cuando dice que “debe distinguirse la labor integradora del magistrado, ya sea en los casos de interpretación integradora o de “integración” propiamente dicha, de los supuestos en que aquél se realiza una “corrección” de los términos del contrato. Es decir, presuponiendo ya que el contrato no ofrece dudas, que ya ha sido debidamente captado el sentido de esa declaración de voluntad común, les cabe a los magistrados también en algunos casos la función de corregir, limitar, modificar, muchas veces, esa expresión de la voluntad de los contratantes comúnmente exteriorizada, con el objeto de evitar que se alteren la moral, la buena fe y las buenas costumbres...”.

⁴⁷ Nicolau, Noemí Lidia, “La revisión del contrato frene a la pesificación, a nueve meses de la emergencia, la justicia argentina dio a luz un fallo plenario”, en “Revisión del contrato” Noemí L. Nicolau (Directora), La Ley – Febrero 2003, p. 41.

juristas alemanes, como Staub y Stoll, a comienzos del siglo XX, así como a la labor de doctrinantes de la talla de Demogue en Francia⁴⁸”.

Los deberes a los que estamos haciendo alusión, continúa el autor de cita, “dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último, en la que encuentran un mayor desarrollo. Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal perseguida por las partes⁴⁹”.

Solarte Rodríguez, ensaya una clasificación cuando enseña que “los deberes secundarios de conducta se pueden clasificar en atención a su finalidad en dos grandes categorías: deberes secundarios de finalidad negativa, como los deberes de protección, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes; y deberes secundarios de finalidad positiva, que están destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente, ejemplo de los cuales serían los deberes de información, colaboración, consejo o fidelidad, entre los más relevantes. Siguiendo un criterio diferente, que consiste en determinar el momento en el que el deudor debe desarrollar la conducta necesaria para que la otra parte de la relación jurídica pueda obtener el resultado útil de la prestación, Betti señala que los deberes secundarios de conducta, que él denomina “obligaciones complementarias”, pueden clasificarse en: a) los que son antecedentes a la celebración del contrato; b) los que son concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y c) aquellos que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación⁵⁰”.

Esta clasificación explica la relación existente entre los deberes secundarios de colaboración y la responsabilidad postcontractual.

En igual sentido se pronuncia Jordano Fraga cuando analiza la integración del principio de la buena fe al contrato señalando que “es este parámetro objetivo de conducta leal, el que, a través de su función integradora de la relación obligatoria, revaloriza y moraliza las posiciones de las partes. De modo que el nacimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, determina entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas), y determina, a su vez, una virtual posibilidad de injerencia dañosa en la esfera jurídica y personal de la contraparte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra, la necesidad, en definitiva, de completar con una amplia gama de deberes accesorios el marco de la relación principal crédito-deuda⁵¹”.

Esta concepción amplia de la relación obligatoria, continúa Jordano Fraga, explica la supervivencia de la misma después del incumplimiento o imposibilidad de la prestación primaria, cuando permanezca un interés del acreedor o deudor digno de tutela jurídica según un juicio de buena fe en orden a las respectivas posiciones de las partes. Así se explican los llamados “deberes postcontractuales” surgidos de la relación obligatoria compleja (en este sentido, como pone de relieve Mengoni, su calificación, aunque gráfica, es incorrecta, pues la relación subsiste) una vez extinguido el vínculo prestacional principal⁵².

⁴⁸ Solarte Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 304.

⁴⁹ Solarte Rodríguez Arturo, ídem.

⁵⁰ Solarte Rodríguez Arturo, ob. cit., p. 305/6, cita a Betti, Emilio, “Teoría general de las obligaciones”, t. I, p. 104.

⁵¹ Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, (Editorial Civitas SA, Madrid, España, 1987), Primera edición, p. 140. Este autor señala que “no comprender la eficacia integrativo-normativa de los art. 7.1. y 1258 del Código civil, es situarlos en un plano genérico, de declaración de principios, ajenos a la aplicación real del Derecho y carente de un verdadero valor normativo”.

⁵² Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, (Editorial Civitas SA, Madrid, España, 1987), Primera edición, p. 140. Este autor completa su explicación diciendo que “Tal el caso de la obligación de notificar por el deudor de la entrega de una cosa, la imposibilidad sobrevenida de la prestación (aún la liberatoria) al acreedor (cfr. Art. 306-2 del C. com.), que así evita ulteriores perjuicios a la propia falta de prestación (principal) (así por ejemplo, el acreedor avisado con el tiempo puede preparar un cumplimiento sustitutivo rápido, que evite los daños

A continuación marca que “la diferencia estriba en la cuantía de la responsabilidad, que cuando se refiere a un deber accesorio basado en la buena fe viene determinada por la lesión del interés del acreedor que se trate (en el caso citado los daños derivados de la falta de oportuna notificación), mientras que si se trata de la prestación principal aquella cuantía se determina en función de los daños derivados al acreedor por la falta de éstas (interés creditorio primario). Esta distinción permite explicar el que la cuestión de la responsabilidad del deudor (por la sola cuantía del interés del acreedor lesionado) se pueda plantear aún cuando respecto de la prestación principal el deudor – con arreglo a las mismas reglas generales de responsabilidad que en el primer caso lo hacen responsable – resulte irresponsable⁵³”.

Finalmente en cuanto es de interés para esta investigación el profesor español profundiza sus estudios sobre el modo de cómo queda integrado un contrato cuando asevera que “junto a los deberes de prestación (*Leistungspflichten*) aparecen los deberes de protección (*Schutzpflichten*). Los primeros tienden a la realización de interés primario del acreedor. Los segundos, fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación. Los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto del deber de prestación; de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido. Si el daño del acreedor ha existido (en un interés creditorio distinto del de la prestación), se opera la responsabilidad del deudor por violación de estos deberes de protección aunque haya cumplido el deber de prestación, pues el diferente contenido de la responsabilidad en uno y otro caso, permite que puedan funcionar independiente en uno y otro caso⁵⁴”.

Cabe resaltar en este punto que el autor transcrito acepta la posibilidad de que se verifique responsabilidad postcontractual no solo cuando se ha cumplido la prestación principal, sino también cuando la misma se ha extinguido.

En función de lo expuesto, en la actualidad se podría recrear el contenido del art. 1197 del Código Civil y decir que las convenciones hechas en los contratos, las normas supletorias e imperativas aplicables, los principios jurídicos, como asimismo, los deberes secundarios de protección y colaboración, forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. De este modo entendemos queda integrado un contrato, de donde se puede colegir que a posteriori del cumplimiento de su prestación central se puede dañar al otro contratante cuando se infringen deberes secundarios exigibles.

5.3.4.4. De la naturaleza contractual de la responsabilidad “postcontractual”.

A modo de síntesis podemos aseverar que sin lugar a duda y, mas allá de lo inapropiado de la denominación “postcontractual” que no refleja la realidad jurídica que se estudia, la responsabilidad resarcitoria por los daños acaecidos a posteriori del cumplimiento de las obligaciones principales tienen naturaleza contractual, dado que la antijuricidad surge por el incumplimiento de normas específicas que pudieron ser prevista por las partes en el texto del

de una espera infructuosa). La infracción de estos “deberes postcontractuales” basados en la buena fe (en el caso citado hay un interés del acreedor que es atendible con arreglo a este criterio de conducta), precisamente porque se basan en la relación obligatoria, dan lugar a responsabilidad contractual que se determina con arreglo a sus reglas generales”.

⁵³ Fraga, Francisco Jordano, ob. cit., p. 140. Para ejemplificar dice que “esto se ve muy bien en el caso de “deber postcontractual” citado: aquí la presencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación principal si no es imputable al deudor excluye la responsabilidad del deudor por falta de su cumplimiento, pero a su vez, esta liberación no excluye una eventual responsabilidad del deudor (determinada con arreglo a las reglas generales de responsabilidad y sólo por los daños causados por la omitida notificación) si deja de comunicar oportunamente al acreedor el acaecimiento de la imposibilidad liberatoria”.

⁵⁴ Fraga, Francisco Jordano, ob. cit., p. 142.

convenio o emerger de los deberes accesorios y secundarios de protección o colaboración que surgen obligatorios de la naturaleza y finalidad socio-económica del contrato. Cuando la trasgresión de ellos (antijuridicidad) genera menoscabo en la esfera patrimonial o personal del otro contratante existiendo nexo adecuado de causalidad y un factor de atribución, se configura el deber de indemnizar.

6. Análisis de algunas hipótesis de daño postcontractual.

Los principios de buena fe y de no dañar a otro (*alterum non laedere*) resultan normativamente vigentes y, por ende, integrado a la estructura del contrato aún cuando las partes no lo hayan expresamente previsto. A partir de ello son plenamente exigible dado que se concretizan en distintos tipos de deberes secundarios. En ese sentido, interesa profundizar en esta investigación, siguiendo la clasificación de Betti⁵⁵, los que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación principal.

En esa dirección proponemos para una mejor exposición de las hipótesis posibles clasificarlas de conformidad al deber trasgredido: a) el de no concurrencia; b) de confidencialidad y, c) el de garantía.

En el primero será uno de los contratantes el que con su actividad vulnere la abstención de no competir con el otro en función de la calidad del derecho transferido.

En el segundo, la infidelidad o violación del secreto será llevada a cabo por el contratante dañador pudiendo o no favorecer a un tercero.

Por último, la buena fe impone el deber de garantizar la integridad y calidad de la prestación principal.

6.1. Trasgresión del deber de no concurrencia.

6.1.1 Concepto.

Cuando se procura conceptualizar al deber de no concurrencia en el ámbito contractual, recurrir a su significado resulta una herramienta idónea para precisarlo. En ese sentido, la palabra “concurrir” su primera acepción indica: “juntarse en un mismo lugar o tiempo” y, en la segunda, “coincidir en alguien o en algo”.⁵⁶

Llevado ello al ámbito contractual se debe entender que las partes celebrantes del mismo, en un mismo tiempo y lugar coinciden en “algo” que indudablemente está relacionado con el objeto del contrato.

En función de ello, estimamos que puede resultar más representativo de la idea que se pretende transmitir, el concepto de prohibición de competencia. Es decir, el deber que puede estar o no explicitado en la letra del convenio que impide a la parte transmitente del negocio a llevar a cabo la misma actividad en un radio y por un tiempo razonable para que no malogre el propósito comercial del adquirente.

Ello es así por cuanto se afecta la buena fe si una parte luego de transferir la propiedad de algún negocio o emprendimiento comercial procede de inmediato a competir con su comprador.

Ello evidentemente afecta, como sostuvo la mayoría en la Comisión N°3 de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (U.N.A., Buenos Aires, 1991) “a la causa; entendida ésta como

⁵⁵ Betti, Emilio, ob. cit., p. 104.

⁵⁶ Diccionario Real Academia Española online:
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=concurrir

móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio”.

El ejemplo paradigmático de no concurrencia se configura en la transferencia de fondos de comercio, razón por la cual pasaremos a examinar esa hipótesis.

6.1.2. El cedente de un fondo de comercio tiene el deber de no concurrir.

La ley N° 11867⁵⁷ reglamenta la transferencia de fondos de comercio que conforme entiende Argeri debe ser conceptuado “como el conjunto organizado de fuerzas productivas, bienes y derechos cuya unidad funcional se ubica en el plano comercial o industrial y que endereza a obtener lucro para su titular⁵⁸”.

En sentido concordante, el artículo primero de la ley estatuye que son “elementos constitutivos de un establecimiento comercial o fondo de comercio, a los efectos de su transmisión por cualquier título: las instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, la clientela, el derecho al local, las patentes de invención, las marcas de fábrica, los dibujos y modelos industriales, las distinciones honoríficas y todos los demás derechos derivados de la propiedad comercial e industrial o artística”.

A su vez, en el siguiente regla que “toda transmisión por venta o cualquier otro título oneroso o gratuito de un establecimiento comercial o industrial, bien se trata de enajenación directa y privada, o en público remate, sólo podrá efectuarse válidamente con relación a terceros previo anuncio durante cinco días en el Boletín Oficial de la Capital Federal o provincia respectiva y en uno o más diarios o periódicos del lugar en que funcione el establecimiento, debiendo indicarse la clase y ubicación del negocio, nombre y domicilio del vendedor y del comprador, y en caso que interviniesen, el del rematador y el del escribano con cuya actuación se realiza el acto”.

En el texto de esta ley no se ha previsto expresamente el pacto de no concurrencia en contra del enajenante, lo cual impone que se deba discriminar al momento de examinar la responsabilidad por su incumplimiento, de un modo diferenciado cuando está expresamente incluido en las previsiones contractuales de la hipótesis de omisión.

6.1.2.1. Pacto expreso de no competencia.

Cuando de un modo expreso se acordó la cláusula de no competencia para el enajenante, ella impide la posibilidad de instalar un comercio o emprendimiento económico de idénticas características en la zona de influencia del transferido.

Por cierto que la prohibición cuando excede el marco de la razonabilidad encuentra su límite en el art. 14 de la Constitución Nacional que regla la libertad para ejercer toda industria lícita y el comercio.

En ese sentido, López Meza señala que “en principio, para que el obligado puede ser coactivamente obligado a cumplirla o responsabilizado por su incumplimiento, la cláusula de no competencia no debe significar un atentado demasiado grande a la libertad del deudor⁵⁹, y no impedirle seguir ejerciendo su actividad profesional. Si la cláusula de no competencia, so capa

⁵⁷ Sancionada el 9/VIII/1914 – Promulgada el 17/VIII/1914 – Publicada en B.O. el 20/VIII/1914.

⁵⁸ Argeri, Saúl A., “Obligación de no concurrencia, transferencia de fondo de comercio y quiebra”, La Ley 1980-D, 1415.

⁵⁹ López Meza, Marcelo J., ob. cit., cita: Corte de Casación francesa, Sala Comercial, sent. 4 de junio de 2002, en RJDA 2002, n° 1228.

de proteger al adquirente del fondo, constriñera al deudor a no ejercer más su actividad podría ser juzgada como una cláusula nula, a mérito de lo dispuesto por el art. 953 CC.

Es así que la cláusula de no competencia, para ser válida, debe ser limitada. Una cláusula de no competencia que no establezca un espacio y un tiempo al que se acote y que pretenda ser absoluta, implica una limitación total al cedente para el ejercicio de su actividad o profesión y debe juzgarse nula, por favorecer el monopolio o la falta de competencia.

Es así que la cláusula de no concurrencia debe acotarse necesariamente en el tiempo, en el espacio y en la actividad restringida, no siendo válida -en principio- una cláusula de no competencia que se extienda a todo el territorio nacional⁶⁰.

Las limitaciones deben ser reales y no solamente formales; así pues, una duración de 99 años equivale a una ausencia de limitación, porque ella se extiende sobre varias generaciones: en escala de la vida llamada activa, un siglo, es casi la eternidad⁶¹.

Las limitaciones en cuanto al espacio, al tiempo y al objeto o actividad son insuficientes. Ellas además no deben ser desproporcionadas "respecto al objeto del contrato"⁶².

Es así que la validez de las cláusulas de no competencia deben guardar una razonable proporción entre la legitimidad del interés del acreedor de no competencia y la protección de la libertad económica del deudor de no competencia⁶³.

En la doctrina judicial nacional se consideró que "el derecho a la no concurrencia previsto en el contrato de transferencia del fondo de comercio, no tiene carácter estrictamente personal y puede ser cedido al subadquirente del fondo cuyo valor aumenta. Así, cabe admitir que a tal fin no es necesaria una cesión formal -arts. 1454 y 1459, Cód. Civil- y que en la transferencia del establecimiento está implícita la cesión del derecho del transmitente contra su predecesor⁶⁴". A partir de ello se fija que "las obligaciones asumidas por el vendedor -en el caso, cláusula de no concurrencia establecida en el contrato de transferencia del fondo de comercio- no se extinguen con la enajenación siguiente del mismo, pues se transmiten al adquirente sucesivo, que pasa a tener acción directa contra los antecesores de su vendedor que violen la interdicción de no reestablecerse⁶⁵".

Más adelante el fallo de cita entiende que "la obligación de no concurrencia estipulada en el contrato de transferencia del fondo de comercio, implica para el enajenante la prohibición de establecerse directamente, ni por interpósita persona. Debe abstenerse de todo acto que pueda afectar las cualidades productivas de beneficios, pues, dado que el vendedor debe garantizar al comprador el debido goce de lo que le transmite, es de fundamental importancia dicha prohibición, ya que su incumplimiento puede, por ejemplo, desviar clientela del fondo de comercio transferido⁶⁶". Ello por cuanto, "la obligación de no concurrencia estipulada en el contrato de transferencia de fondo de comercio, importa el compromiso de no instalar un comercio igual, análogo, similar o del mismo género o ramo que el enajenado⁶⁷".

Para finalizar el punto cuadra transcribir el pensamiento de Leiva Fernández cuando dice que "si se pacta la obligación de no concurrencia -Vg. en el caso de transferencia de un fondo de comercio- y sin embargo se concurre en competencia, queda configurado un caso de responsabilidad claramente contractual, porque si bien se extinguieron satisfechas las

⁶⁰ López Meza, Marcelo J., ob. cit., cita: Corte de Casación francesa, Sala social, 25 de marzo de 1998, en Recueil Dalloz, t. 1998, sec. IR, p. 132.

⁶¹ López Meza, Marcelo J., ob. cit., cita: Cám. Apel. Reims, 12 oct. 1976, en Dalloz, t. 1977, p. 278.

⁶² López Meza, Marcelo J., ob. cit., cita: Corte de Casación francesa, Sala comercial, 4 enero 1994, en Dalloz. 1995, 205; ídem, 16 dic. 1997, en Bulletin civile, t. IV, N° 338.

⁶³ López Meza, Marcelo J. ob. cit., cita a Le Tourneau, "Droit de la responsabilité et contrats", cit, p. 250, N° 923.

⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 20/03/1996, "Chaar, Ana M. c. Aguado de Alonso, María C.", La Ley 1997-B, 354, DJ 1997-1, 817

⁶⁵ Fallo ídem.

⁶⁶ Fallo ídem.

⁶⁷ Fallo ídem.

obligaciones principales subsiste esta obligación pactada. También la no concurrencia puede referirse a las personas si se acuerda que el vendedor no puede trabajar para terceros que exploten negocios similares dentro del área de influencia del bien transferido ⁶⁸“.

6.1.2.2. Pacto implícito de no competencia.

Cuando el pacto de no concurrencia no está previsto expresamente en el texto del contrato de transferencia de un fondo de comercio reglado por la ley 11.876, la doctrina judicial, flexibilizando su hermenéutica con la recepción de principios jurídicos y para proteger la finalidad económica del negocio jurídico, ha entendido que la prohibición de no competencia es exigible.

Así se ha estimado al precisar que “cuando se adquiere un fondo de comercio juntamente con un contrato de locación del inmueble en el cual se desarrollará la actividad comercial, corresponde interpretar que el deber de no concurrencia del vendedor se extiende -salvo pacto en contrario- por el período de duración de este último contrato, pues la expectativa de generar ganancias, recobrar la inversión e incorporar clientela debe estar unida inescindiblemente a dicho plazo⁶⁹”. Ello por cuanto “el deber de no concurrencia que impone la ley 11.867 (Adla, 1920-1940, 524) a quien enajena un fondo de comercio se manifiesta en la prohibición de establecer un negocio similar dentro del área de influencia del fondo transferido, perturbando su expectativa o posibilidad de atraer clientela. Empero, dicho deber puede también implicar en ciertos casos una prohibición para el vendedor de trabajar para terceros que exploten negocios similares dentro del área en la cual se encuentra aquel bien transferido⁷⁰”.

Es por ello que “las prescripciones de la ley 11.867 (Adla, 1920-1940, 524) tienen por finalidad proteger no sólo a los acreedores de quien enajena un fondo de comercio, sino también el derecho del adquirente a la clientela, cuyo resguardo se efectúa mediante la obligación de no concurrencia que supone el deber del vendedor de no instalarse en las proximidades del negocio transferido⁷¹”.

Finalmente, de igual modo que ocurre cuando es pactado expresamente “la vigencia del deber de no concurrencia impuesto por la ley 11.867 (Adla, 1920-1940, 524) debe ser necesariamente limitada en el tiempo, pues de otra forma se violentarían derechos de raigambre constitucional, como los de comerciar y trabajar (art. 14 bis, Constitución Nacional)⁷²”.

Este criterio es sustentado, de igual modo, por Leiva Fernández cuando señala que “por los fundamentos dados respecto a la ultra actividad del contrato, debe ponderarse la presencia de los elementos de la responsabilidad civil, y en caso de verificarse, la responsabilidad postcontractual será de naturaleza contractual porque la satisfacción de ese deber deviene necesario para que uno de los ex cocontratantes no frustre la ventaja otorgada y obtenida en el contrato⁷³. Ello para responder a Dubove⁷⁴ quién concluye que no existiría responsabilidad.

⁶⁸ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019. El autor cita a V. Charassin, André, "De l'interdiction de se rétablir dans les ventes de fonds de commerce", Tesis Lyon, 1929; Zunino, Jorge, "Fondo de comercio", p. 188 y sigtes.; Fernández, Raymundo L. - Gómez Leo, Osvaldo R., "Tratado teórico práctico de Derecho Comercial", (LexisNexis - Depalma - 2004), Lexis Nexi on line, p. 462 y siguientes.

⁶⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 12/06/1998, "Farmacia Onix S.C.S. c. Blanco de Turro, Dolores y otro.", La Ley 1999-A, 108 - DJ 1999-2, 323.

⁷⁰ Fallo ídem.

⁷¹ Fallo ídem.

⁷² Fallo ídem.

⁷³ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

⁷⁴ Dubove, Jorge P., "Responsabilidad postcontractual" en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIV, (Ed. Omeba, Buenos Aires, 1967), p. 962,

En otras palabras, aún cuando no se haya pactado expresamente el deber de no competir si de la naturaleza del contrato surge que el fin del mismo se frustra por el incumplimiento de una las partes de los deberes secundarios derivados de la buena fe (en este caso de no competir), sin lugar a hesitación se está produciendo un menoscabo que debe ser indemnizado.

En la doctrina de los tribunales se verifican muchos casos de incumplimiento del deber de no concurrencia, pero quedan fuera del marco de análisis de esta propuesta por cuanto se verifican cuando las obligaciones principales se encuentran en plena operatividad particularmente generadas en el fuero laboral⁷⁵.⁷⁶

Para cerrar este apartado, cabe traer a colación una hipótesis analizada por Argeri relacionada con la imposición del deber de no concurrencia al fallido cuando se ha enajenado en su proceso falencial, el fondo de comercio del cual era titular. Este autor opina que “producida la transmisión de la empresa por orden judicial, recae sobre el fallido la obligación de no concurrencia por ser quien mantiene la titularidad de la misma. La intervención forzada del

⁷⁵ Se configura la concurrencia desleal —que justifica el despido—, si se da una negociación por cuenta propia del empleado, un perjuicio real o potencial para el empleador, y una falta de autorización expresa o tácita por parte de este último. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII 28/03/2005 Caffieri, Sebastián R. c. Fibertel S.A. TySS 2005, 608); Existe justa causa para el despido —por violación al deber de no concurrencia—, cuando se acredita el desempeño del trabajador de confianza en una actividad del mismo o similar ramo que el principal, o el ofrecimiento por cuenta propia o de tercero de servicios que constituyen el objeto de la empresa, o cualquier forma de captación de clientela en provecho propio o de un competidor. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII 28/03/2005 Caffieri, Sebastián R. c. Fibertel S.A. TySS 2005, 608); Incurre en incumplimiento del deber de no concurrencia según el art. 88 del Ley de Contrato de Trabajo, el trabajador que concertó una negociación por cuenta propia con una empresa distinta a su empleadora sin su autorización expresa o tácita y en perjuicio real o potencial para esta última sin que obste a ello el hecho de que el actor no haya ofrecido servicios o productos a un cliente de la demandada. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X 05/10/2004 Nervi, Alejandro c. Panalpina Transportes Mundiales S.A. DT 2005(abril), 504); El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena que pudieran afectar los intereses del empleador -en el caso, realizó similares trabajos para un contratista del principal-, salvo autorización de éste (del voto del doctor Titievsky). (Cámara de Apelaciones en lo Laboral y de Paz Letrada de Corrientes 05/04/2000 Cogliolo, Benito R. c. Telecom Argentina - Stet France-Telecom LLLitoral 2001, 924 - DT 2001-A, 1003); El incumplimiento del deber de no concurrencia que torna procedente el despido del trabajador no requiere la demostración del daño efectivo al empleador -en el caso, realizó similares trabajos para un contratista del principal en forma contemporánea a la relación que lo unía a éste-, pues basta la sola posibilidad de lesionar sus intereses (del voto del doctor Titievsky). (Cámara de Apelaciones en lo Laboral y de Paz Letrada de Corrientes 05/04/2000 Cogliolo, Benito R. c. Telecom Argentina - Stet France-Telecom LLLitoral 2001, 924 - DT 2001-A, 1003); Una de las manifestaciones negativas del deber de fidelidad del trabajador es la llamada obligación de no concurrencia desleal que consagra el art. 88 de la L. C. T. (ADLA, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B, 1175), al disponer que éste debe abstenerse de ejercitar negociaciones por cuenta propia o ajena que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II 26/10/1982 Martínez, Juan J. c. Pittsburgh, S. A. DT 1983-A, 119), etc.

⁷⁶ Carcavallo, Esteban, “Informe especial - Obligaciones de Buena Fe. Subtemas: Obligación de no concurrencia: a) carácter restrictivo; b) plazo determinado; c) constitucionalidad”, La ley on line. Este autor aconseja “En principio, para implementar el deber de *no concurrencia* o de no competencia desleal con vigencia post contractual deben observarse ciertos recaudos, a efectos de evitar cuestionamientos, impugnaciones y reparos de orden constitucional, con fundamento en el art. 14 CN. Máxime, si se trata de contener o impedir el desempeño de actividades similares a las que el empleado desarrollaba en la empresa durante la vigencia de la relación laboral, que llevadas a cabo tras el distracto, podrían significar perjuicios de cualquier índole a los intereses y negocios del empleador. Se justificaría la imposición de dicho deber o lo que es lo mismo, de *pactos de restricción de competencia*, atendiendo a especiales circunstancias y principalmente a: 1) la especialidad, los conocimientos técnicos con que cuenta el empleado en cuestión; 2) su jerarquía y posición estratégica; 3) la relación que guarda con los clientes de la empresa. En cuanto a la oportunidad de pautarlo, puede tener lugar sea al inicio de la relación laboral, durante el transcurso de la misma, o bien, al decidirse el cese. Es aconsejable que la vigencia de dicha restricción *sea de corta duración y que eventualmente contemple una compensación pecuniaria* a favor del empleado alcanzado por la misma. Sólo mediando estas previsiones, entendemos que la empresa beneficiaria de la abstención que significa no ejercer determinada actividad tras la extinción del contrato de trabajo, podrá contar con mejores posibilidades de defensa, frente a planteos u objeciones de índole constitucional”.

órgano jurisdiccional es simple consecuencia de la intervención de los poderes de disponibilidad establecido por el Estado sobre los bienes del fallido. Si éste pudiera eximirse de tal obligación se le reconocería, en contra de la noción de patrimonio y la consecuente responsabilidad de los bienes a la acción de los acreedores, la facultad de excluir valores patrimoniales de esa responsabilidad que la norma impone como principio general⁷⁷”.

6.2. Trásgresión del deber de confidencialidad.

Para precisar el perfil normativo del deber de confidencialidad resulta ineludible conocer el significado de “confidencial⁷⁸” adjetivo que indica “que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas”, poniendo por ejemplo a una carta confidencial.

Sin lugar a duda para que se genere el deber de confidencialidad debe existir, en primer lugar, un acto de confianza por parte de uno de los contratantes por el cual transmite datos, conocimientos, circunstancias al otro que si no fuese por la vinculación jurídica generada por el pacto, no se llevaría a cabo. La recepción y manejo de la información, por el otro contratante genera el deber de conservar el secreto, el de no hacer conocer a nadie en ninguna circunstancia esos datos.

En el mundo comercial el “deber de confidencialidad” tiene una importancia superlativa por cuanto como lo dice la parte in fine del artículo Primero de la Ley N° 24.766⁷⁹, “se considerará que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales practicas”

Es por ello que se reglamento en dicha norma que “las personas físicas o jurídicas podrán impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honesto, mientras dicha información reúna las siguientes condiciones: a) A, sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración, reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla, secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.

Por su parte, en el artículo segundo se precisa que “la presente ley se aplicará a la información que conste en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares”.

A partir de este criterio legislativo, el art. 3 define que “toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información que reúna las condiciones enumeradas en el artículo 1° y sobre cuya confidencialidad se los haya prevenido, deberá abstenerse de usarla y de revelarla sin causa justificada o sin consentimiento de la persona que guarda dicha información o de su usuario autorizado”.

Leiva Fernández enseña al respecto que “la violación al deber de confidencialidad constituye el caso arquetípico de responsabilidad postcontractual de naturaleza jurídica contractual⁸⁰”.

Por su parte Mazeaud - Tunc, en su clásica obra ejemplifican que “en principio, desde el instante en que el contrato cesa, no puede suscitarse ya ningún problema de responsabilidad, con

⁷⁷ Argerí, Saúl A., ob cit., p. 1415.

⁷⁸ Diccionario de la Real Academia Española on line: 1. f. Cualidad de confidencial. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=confidencial

⁷⁹ Sancionada: Diciembre 18 de 1996. Promulgada: Diciembre 20 de 1996.

⁸⁰ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

ocasión de ese contrato, entre los “ex contratantes”. Sin embargo, existen algunas hipótesis en las que se plantea la cuestión. Supóngase un ingeniero, u obrero o un empleado cuyo contrato de empeño llegue a su expiración. Si no lo prohíbe ninguna cláusula de ese convenio, está en libertad de volver a tomar trabajo, en principio, donde mejor le plazca. Sin embargo, en ciertos casos no se dudará en hacerle responsable con respecto a su antiguo patrono: el ingeniero que rodeado de la confianza de un industrial, ha sido puesto al corriente por él de todos los secretos de fabricación y que entra al servicio de un competidor directo, parece desde luego que debe ser condenado a abonar daños y perjuicios, aún cuando el contrato expirado no restringiera su libertad desde este punto de vista⁸¹”.

En nuestro país, siguiente el ejemplo de Mazeaud – Tunc, Boffi Boggero nos introduce al ámbito de la naturaleza jurídica del deber incumplido de confidencialidad cuando reflexiona que “un ingeniero, obrero o empleado, cuyo contrato expira sin cláusula alguna que le impida reanudar sus tareas donde desee. Supongamos también que el ingeniero, otrora disfrutando la confianza de un industrial ha conocido todos los secretos de fabricación y entra después al servicio de un competidor directo y revela los secretos. Si el contrato ya fenecido, no contenía cláusula alguna que excediera el término de duración de él, no puede hablarse de responsabilidad contractual, frente a ello es que la doctrina busca fundamentos ajenos a ese tipo de culpa⁸²”.

Como se colige la posición de Boffi Boggero trasluce todo el clasicismo contractual marcando que las cláusulas pactadas únicamente forman parte del contenido del contrato sin aceptarse a ese momento la posibilidad de que el mismo se integrara con deberes secundarios derivados del principio de la buena fe y de la ultra actividad del convenio que impide que se frustre el fin o motivo que le dio vida al contrato.

Sin lugar a duda, la sanción de la Ley N° 24.766 de preservación de la confidencialidad, ha desplazado a un segundo plano esta discusión por cuanto no se puede negar que su texto forma parte de los contratos como norma supletoria y su violación tiene ese origen. Ello, particularmente si se tiene en cuenta que el artículo 11 regla que “el acceso por terceros a la información de manera contraria a los usos comerciales honestos, dará derecho a quien la posea a ejercer las siguientes acciones: a) Solicitar medidas cautelares destinadas a hacer cesar las conductas ilícitas. b) Ejercer acciones civiles destinadas a prohibir el uso de la información no divulgada y obtener la reparación económica del perjuicio sufrido”.

Por ello, en este punto compartimos el criterio de Leiva Fernández cuando asevera que “por tratarse de la violación de un deber específico contenido en la ley, la naturaleza es contractual. Igualmente, si se intentase vincular la responsabilidad al contrato ya extinguido, también sería de carácter contractual porque el incumplimiento al deber de no divulgar el know how hace a impedir la frustración de la ventaja relativa obtenida a través del contrato⁸³”. Sin embargo, debemos precisar que es contractual porque la norma supletoria referenciada, si no se pacta en contrario, pasa a formar parte del contenido del contrato como se ha explicado anteriormente.

Del análisis de los casos resueltos por la jurisdicción se puede inferir un matiz en el incumplimiento del deber de confidencialidad que resulta oportuno poner de manifiesto. Ello surge por cuanto la información obtenida del principal, industrial, comerciante, etc. si es transferida a un tercero por el contratante desleal se estaría en un incumplimiento estricto del deber de mantener el secreto. En cambio, si la información se utilizada en provecho propio, la hipótesis puede ser encuadrada, también, en un caso de competencia desleal.

Por otra parte, la mayor cantidad de casos jurisprudenciales resueltos refieren a deslealtades acaecidas mientras el contrato se encontraba en vigencia casos que serían de responsabilidad

⁸¹ Mazeaud, Henri y Leó – Tunc, André, ob. cit., p. 169/170

⁸² Boffi Boggero, Luis María, “Tratado de las obligaciones”, T° 2 (Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, Buenos Aires, 1973), p. 204.

⁸³ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

contractual propiamente dicha y no post contractual que se configura cuando las prestaciones principales ya han sido cumplidas.

Estos detalles diferenciales serán tenidos en cuenta y coordinados al transcribir los casos de doctrina judicial colectados que ilustran este tema.

En primer término, y por ser el objeto principal de nuestra investigación, se reproducirán los sumarios que resolvieron casos de deslealtad cuando ya habían finalizado las prestaciones principales.

a) En ese sentido, cabe consignar un caso resuelto por la Corte de Casación francesa que aclara fielmente el tema, cuando dice que “debe revocarse la sentencia que reconoció una compensación a un trabajador despedido con sustento en un acuerdo de confidencialidad, pues al interpretar que el mismo importaba una prohibición de trabajar en el futuro para algún competidor de su empleador, dio a un acuerdo de términos claros y precisos un alcance que no tenía, violando el art. 1134⁸⁴ del Código Civil francés, en cuanto establece que las convenciones concluidas conforme a derecho tienen fuerza de ley para las partes⁸⁵”.

También se ha definido que “el acuerdo conciliatorio firmado por las partes para fijar la ruptura definitiva de un contrato de trabajo que prevé una cláusula de no concurrencia incluye - según el art. 2049⁸⁶ del Cód. Civil francés- el derecho del empleado a la indemnización compensatoria establecida como contrapartida de dicho deber⁸⁷”.

En el mismo fallo, también se dijo que “es violatoria del art. 2049 del Cód. Civil francés la sentencia que rechaza una demanda por indemnización compensatoria sustentada en una cláusula de no concurrencia en virtud del acuerdo conciliatorio firmado entre las partes, estableciendo que es una cláusula de aplicación posterior a la ruptura de contrato y que, salvo disposición en contrario, no se ve afectada por el acuerdo citado⁸⁸”.

b) En segundo lugar, corresponde traer a colación algunos fallos que enseñen como la doctrina judicial resuelve la ruptura del pacto de confidencialidad por una de las partes durante la vigencia del contrato, sea en provecho propio o de terceros.

b) 1) El manejo de la información del principal puede que sea utilizada en provecho propio. En la mayoría de los sumarios emitidos por la doctrina judicial se trata de hipótesis de no concurrencia o competencia desleal por ofrecer los mismos servicios que su patrón, pero no se verifican en ellos referencias concretas a la ruptura del deber de confidencialidad.

Es por ello que entendemos que el siguiente cumple ese requisito para ser transcripto en este punto.

La sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, entendió que “resulta justificado el despido del trabajador que incumplió con el deber de no concurrencia consagrado en el art. 88 de la ley de contrato de trabajo (t.o. DT, 1976-238), en tanto realizó una negociación por cuenta propia -en el caso, propuesta de servicios con utilización confidencial de la compañía-, en perjuicio real o potencial para el empleador y una falta de autorización expresa o tácita por parte del principal⁸⁹”.

⁸⁴ Artículo Artículo 1134 del Código Civil Francés: “Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe. <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁸⁵ Corte de Casación de Francia, sala con competencia en Derecho Social, 02/10/2001, Sociedad Nikon France c. O., Frédéric, DT 2002-A, 216

⁸⁶ Artículo 2049 del Código Civil Francés: “Las transacciones resuelven únicamente las disputas que comprenden, tanto si las partes han manifestado su intención mediante expresiones especiales o generales como si se reconoce esta intención por la consecuencia necesaria de lo que se ha expresado. <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁸⁷ Corte de Casación de Francia, 12/10/1999, “Frémont c. ANG S. A.”, DT 2001-A, 219

⁸⁸ Fallo ídem.

⁸⁹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X 05/10/2004 Nervi, Alejandro c. Panalpina Transportes Mundiales S.A. DT 2005(abril), 504

b) 2) En cuanto a la posibilidad de que durante la vigencia de las obligaciones principales del contrato se pueda violar el deber de confidencialidad en provecho de terceros y en perjuicio del otro contratante, la doctrina de los magistrados ha señalado que “resulta justificado el despido dispuesto por el empleador alegando el incumplimiento de los deberes de lealtad y reserva por parte del trabajador —art. 85 y 88, ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175)—, ya que se encuentra acreditado y documentado que éste remitió por correo electrónico información confidencial —en el caso, datos de las operaciones, valores y clientes— de su principal a una empresa competidora, circunstancia que constituye una conducta injuriosa y de una gravedad tal que impide la prosecución del vínculo, máxime cuando el trabajador había asumido un compromiso escrito de confidencialidad⁹⁰”.

En el mismo sentido se puede transcribir el fallo donde se juzgó que “configura violación al deber de no concurrencia la conducta del empleado de una empresa dedicada a la actividad informática, en cuanto integra una sociedad —sin conocimiento del principal— que se dedica al desarrollo de páginas web y que, además, ofrece servicios a los usuarios de su empleadora, pues, tal conducta resulta potencialmente perjudicial para aquélla, reñida con el principio de lealtad y buena fe que debe imperar en las relaciones laborales —art. 63, L.C.T.—⁹¹,⁹²

6.3. Tránsito del deber de garantía.

En términos generales y derivado del liminar principio de la buena fe, en el estado actual de evolución del derecho, sin lugar a hesitación se puede aseverar que en todo contrato existe implícito el deber de garantizar la prestación dada a la otra parte por cuanto existe vigente la

⁹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, 11/07/2007, Vioria, Myrian A. c. Aseguradora de Créditos y Garantías S.A., La Ley 24/10/2007, 10 - La Ley 2007-F, 175 - La Ley 19/11/2007, 7, con nota de Andrea E. García Vior y Susana Noemí Tomasi - La Ley 2007-F, 514, con nota de Andrea E. García Vior y Susana Noemí Tomasi - DT 2007 (diciembre), 1345, con nota de Esteban Carcavallo - La Ley 18/01/2008, 3 - DJ 23/01/2008, 162 - TySS 2007, 801 - DT 2008 (abril), 413, con nota de Andrea E. García Vior - El Derecho 225, 154.

⁹¹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII 28/03/2005 Caffieri, Sebastián R. c. Fibertel S.A. TySS 2005, 608.

⁹² Carcavallo, Esteban, “Informe especial - Obligaciones de buena fe. Subtema: Secreto industrial”, La Ley on line. Este autor recuerda que “1— La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) impone a las partes un conjunto de obligaciones de conducta, derivadas de la "lealtad, buena fe y fidelidad" que aquéllas recíprocamente se deben, con el objeto de lograr la confianza mutua bajo la cual debe darse la relación de trabajo (arts 62, 63, 83 párrafo 2do y 85 LCT). Como expresión del deber de fidelidad (art. 85 LCT), se requiere del trabajador guardar reserva o secreto de las informaciones a que tenga acceso. Una manifestación más específica de ello, la formula el art. 82 párrafo 2do LCT, al hacer recaer al mencionado deber, respecto de las invenciones o descubrimientos que se deriven "de los procedimientos industriales, métodos o instalaciones del establecimiento o experimentaciones, investigaciones, mejoras o perfeccionamiento de los ya empleados" y de todas aquellos otros considerados como personales del trabajador. Y seguidamente, el art. 83, párrafo 2do. LCT exige que ambas partes —trabajador y empleador— recíprocamente guarden reserva o secreto acerca de tales invenciones, descubrimientos, fórmulas o procesos. La inobservancia de ese deber por vía de la divulgación del "secreto" que se requiere mantener acerca del invento o descubrimiento, podrá traer aparejada la disolución del contrato de trabajo con causa justificada además de eventuales responsabilidades por los daños o perjuicios ocasionados, que conforme lo dispuesto por el art. 87 LCT, el empleador podrá reclamar al dependiente. 2— Además de esas obligaciones, por medio de la norma antes mencionada, se establecen pautas concretas para dirimir la titularidad del dominio de aquellas invenciones o descubrimientos que tienen lugar —bajo cualquiera de las circunstancias que aquélla determina— en el marco de un contrato de trabajo. 3— Las aludidas conductas que resultan así impuestas a las partes fueron luego tipificadas con mayor amplitud a través de la ley 24.766 de Confidencialidad, estableciéndose la responsabilidad penal del infractor, y viéndose alcanzada toda información que pueda obtenerse con motivo del empleo, tarea, cargo o profesión, bajo la que puedan encontrarse amparados los descubrimientos o invenciones que menciona el art. 82 LCT.”. También se puede consultar a Correa, Carlos M. "Protección de la información confidencial y competencia desleal" en La Ley, 1996-D, p. 1232; Carcavallo, Esteban, “Informe especial - Obligaciones de Buena Fe: Confidencialidad”, La Ley on line.

premisa de no dañar que implica un deber de protección a la contraparte dado que los contratos no son herramientas jurídicas para la explotación de uno sobre otros sino de colaboración para la recíproca satisfacción de las necesidades entre los seres humanos en sociedad.

6.3.1. La garantía en los actos onerosos.

El profesor Leiva Fernández, siguiendo las enseñanzas de Barbero, sostiene que “no cabe duda que la responsabilidad que surge en los actos a título oneroso por evicción o vicios redhibitorios, se origina en una etapa posterior al cumplimiento de las prestaciones principales del contrato⁹³”.

Estas hipótesis de garantía contractual han sido reguladas expresamente en las normas supletoria de aplicación a los contratos (Evicción arts. 2089 y sig. – Vicios redhibitorios, arts. 2164 y sig.), razón por la cual ante la omisión de pactarla expresamente quedan integrada al contenido normativo del convenio. A partir de ello, el incumplimiento de este deber de garantía puede generar daño y con ello el deber de resarcir. Todo esto ocurre, va de suyo, luego de cumplida la prestación principal, por lo cual el tema queda enmarcado en el ámbito de la responsabilidad postcontractual y con naturaleza contractual.

Leiva Fernández comparte la idea pero advierte que “la ausencia de algunas de las características referidas para los casos de responsabilidad postcontractual -prestación de no hacer, y "participación" de un tercero- quizás se debe a la causa de ambos hechos desencadenantes de la responsabilidad son anteriores al establecimiento del vínculo contractual. Sí subsiste la característica consistente en que en ambos vicios se frustra el efecto propio del contrato, consistente en adquirir el dominio u otro derecho real sobre una cosa o disfrutar de la misma⁹⁴”.

Sin perjuicio de esta particular opinión, Ghersi previene que “la garantía de evicción y vicios redhibitorios es un elemento natural en la contratación, de allí que –sobre todo en la contratación por adhesión- sea importante lo atinente a su eliminación o limitación. Creemos que la renuncia o limitación de la responsabilidad objetiva por evicción y redhibición, se debe ejercer en un contexto que implique mantener incólume los principios jurídicos de la buena fe, el ejercicio regular de derechos, etc. y sobre todo la ecuación económica en el nivel que asegure la equivalencia de las contraprestaciones también con posterioridad a la ejecución contractual...⁹⁵,⁹⁶

En la actualidad suma importancia al tema de la renuncia anticipada de estas garantías la vigencia de la Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores, N° 24.240, en cuyo art. 40⁹⁷ regula que “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

⁹³ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019; Barbero, D., "Sistema del derecho privado", (Trad. Sentis Melendo), t. IV, p. 21, EJE, 1967.

⁹⁴ Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit., p. 1336 y 1019.

⁹⁵ Ghersi, Carlos A., “Responsabilidad civil por incumplimiento contractual”, en libro “Contratos”, (Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 189) p. 228, cita a Boffi Biggero, T° I, p. 100.

⁹⁶ En algunos fallos se llega a no reconocer la diferencia entre las figuras, por ejemplo cuando se dijo que “corresponde al vendedor reparar los daños y perjuicios ocasionados al comprador por la mala calidad e ineptitud del material objeto del contrato de compraventa -en el caso, mármol que fuera aconsejado por el vendedor para colocar en pisos y que luego se deteriorase- pues son obligaciones del primero garantizar por evicción y vicios redhibitorios (arts. 1414, Cód. Comercial y 473, Cód. Comercial), las cuales son propias del citado contrato”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 25/06/2001, “Cetrini, Graciela y otro c. Blastein S.A.”, DJ 2001-3, 471, La Ley 2001-F, 396)

⁹⁷ Artículo incorporado por el art. 4° de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998.

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”.

Sin lugar a duda, dentro del término “vicio” se debe encuadrar a los redhibitorios por defectos ocultos de la cosa transferida que lo hacen impropio para su destino.

Es por ello que cobra relevancia el art. 37 cuando expresamente y sin perjuicio de la validez del contrato establece que se tendrá por no convenidas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daño. Es decir, se tendrá por no pactada porque se la considera abusiva a la estipulación limitativa de responsabilidad favorable al vendedor, fabricante, etc.⁹⁸

6.3.2. Responsabilidad por evicción.

6.3.2. 1. Concepto.

El Código Civil, en su art. 2091, define que “habrá evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo, o en parte del derecho que adquirió, o sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce, o posesión de la cosa. Pero no habrá lugar a garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aun en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de la ley, o establecidas de una manera aparente, por el hecho del hombre, o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce, cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación”.⁹⁹

Esta explicación legal de la figura en estudio permitió a Wayar proponer la distinción entre evicción y saneamiento dado que entiende que pueden ser empleadas con distinto significado. Para el profesor “la palabra evicción en sentido estricto, sirve para designar la obligación que se impone a todo el que transmite un derecho real por título oneroso de garantizar que el adquirente no será turbado ni privado del derecho que aquél le transmitió. En otras de sus acepciones, muy difundida, la palabra evicción designa la “situación que sobreviene después que el adquirente de un derecho es derrotado en juicio”. La palabra saneamiento, a su vez, alude a la obligación que pesa sobre el garante después que la evicción – por turbación o por privación – ha tenido lugar, obligación que nace como consecuencia de la evicción sucedida¹⁰⁰”.¹⁰¹

Mas adelante, Wayar asevera relacionado con el tema objeto de nuestra preocupación que “con mayor rigor, cabría decir que el término saneamiento designa la obligación impuesta al garante, de indemnizar al adquirente por los daños que pudo sufrir como consecuencia de la

⁹⁸ Parellada, Carlos Alberto, “Contratos informáticos” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18 “Responsabilidad contractual – II”, (Rubinzal-Culzoni – Editores, Santa Fe, 1998), p. 209.

⁹⁹ Spota, Alberto G., “Instituciones de Derecho Civil – Contrato – Vol. IX”, (Depalma, Buenos Aires, 1984), p. 1; Ghersi, Carlos Alberto, “Contratos civiles y comerciales – Parte general y especial” (Astrea, Buenos Aires, 1992), p. 321; López de Zavalía, Fernando J., “Teoría de los contratos”, Tomo I - Parte General, (Zavalía, Buenos Aires, 1984), p. 484; Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit., Tomo I, p. 283; Garrido, Roque Fortunato – Zago, Jorge Alberto, “Contratos Civiles y Comerciales – Parte Especial”, (Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988), p. 100, Cifuentes, Santos, Comentario a los arts. 2089/2181 en “Código Civil y leyes complementaria – Comentado, anotado y concordado”, Director – Belluscio – Coordinador – Zannoni, Tomo 9, (Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004), p. 628; Borda Guillermo, “Tratado de Derecho Civil – Contratos”, 9na. Edición, actualizado por Alejandro Borda, Tomo II (La Ley, Buenos Aires, 2008), p. 256; entre otros.

¹⁰⁰ Wayar, Ernesto C., “Evicción y vicios redhibitorios – Evicción en los contratos en particular. Vicios redhibitorios. Parte General”, (Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992), p. 1; “Compraventa y permuta”, (Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984), p. 354. También se puede consultar: Spota, Alberto G., ob. cit., Vol. IX, p. 3

¹⁰¹ Mosset Iturraspe, Jorge, “Teoría General del contrato”, (Orbir ediciones jurídicas, 1970, Córdoba), p. 491 dice que “se denomina saneamiento a la acción y efecto de sanear, entendiéndose por sanear el reparar o remediar una cosa

evicción ocurrida. Si partimos de la evicción producida, damos por sentado que el adquirente fue privado del derecho (con o sin sentencia) y que como consecuencia de tal privación ha sufrido un perjuicio que debe ser reparado por el garante. Si solo hubo turbación, el garante también estará obligado a indemnizar si el turbado sufrió algún perjuicio¹⁰²”.

Por su parte, Etcheverry, refuta esta conceptualización al entender que evicción y saneamiento son dos aspectos de un mismo fenómeno cuando señala que “el grupo de obligaciones y deberes que tiene el vendedor está constituido por una conducta activa y diligente que asegure no transferir como libre una cosa con cargas reales, proteger y salir en defensa de quién adquirió, sanear la cosa, es decir, repararla, remediarla y en su caso, pagar los daños y perjuicios¹⁰³”. En el mismo sentido, Calvo Costas precisa que “no se debe confundir evicción con saneamiento, siendo dos etapas de un mismo proceso, aunque consideramos importante mencionar que el saneamiento será aplicable tanto a la responsabilidad originada por evicción como a la que surja con motivo de los vicios redhibitorios¹⁰⁴”.

Más allá de la exquisita discusión entre estos autores, sin lugar a hesitación en los contratos onerosos existe un deber precedente de garantía que pesa sobre el transmitente que cuando se produce la privación o perturbación del derecho se configura el deber de resarcir los daños y perjuicios ocasionados. En esta dirección y específicamente para el contrato paradigmático del tema como es la compraventa, Borda enseña que “el vendedor está obligado a garantizar la legitimidad del derecho que transmite, debe asegurar al comprador que su título era bueno y que nadie podrá perturbarlo en el goce de la cosa alegando sobre ella un mejor derecho¹⁰⁵”.

Para completar el concepto vale transcribir el pensamiento judicial cuando define que “la garantía contra la evicción -entendida como asistencia o defensa contra demandas que tienen por objeto provocar la pérdida de un derecho- es la obligación, que pesa sobre quien transmitió onerosamente un derecho, de asistir o sustituir procesalmente al adquirente, ya sea éste actor o demandado, en razón de toda excepción, defensa o pretensión de terceros que, de prosperar, lo privarían del derecho adquirido; y, subsidiariamente, de indemnizarlo en caso de incumplimiento de esa obligación o de que la asistencia o sustitución procesal hubiese sido infructuosa, siempre que la pretensión del tercero se funde en una causa jurídica anterior o contemporánea al acto de transmisión del derecho¹⁰⁶”.

6.3.2.2. Requisitos para la procedencia del saneamiento.

A partir de la conceptualización legal dada en el art. 2091 del Código Civil los distintos autores coinciden que para que proceda la garantía de evicción, en primer lugar, debió existir la transferencia de un derecho a título oneroso¹⁰⁷.

También se requiere que el adquirente haya sufrido una privación o turbación, actual y efectiva, respecto de dicho derecho. Es decir, como lo señala Sozzo, “existe evicción si se lo privó del derecho en todo o en parte”. Pero “si sólo se lo turbó en el ejercicio. Dicha turbación debe ser de derecho (el artículo dice “en propiedad, goce o posesión”, con cierta impropiedad).

¹⁰² Wayar, Ernesto C., ob. cit., p. 2.

¹⁰³ Etcheverry, Raúl A., “Derecho comercial y económico. Contratos. Parte Especial”, T° I, (Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991), p. 68.

¹⁰⁴ Calvo Costas, Carlos A., “El instituto de la evicción” en “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” “4D Artículos 1789/2181 – Contratos”, Alberto J. Bueres – Dirección – Elena I. Highton coordinación, (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, agosto 2003), p. 611.

¹⁰⁵ Borda, Guillermo, ob. cit., p. 119

¹⁰⁶ CC0002 SI 77657 RSD-77-5 S 27-4-2005 , “Malgay c/ Goyeneche s/ Resolución de contrato y daños”, Juba on line

¹⁰⁷ Calvo Costas, Carlos A , ob. cit., p. 622.

En relación a esto la norma que comentamos señala en su segunda parte que no basta la turbación que es meramente fáctica o de hecho; ahora bien, debiendo ser de derecho, esa turbación¹⁰⁸”.

En función de ello se ha entendido que “el simple temor de llegar a sufrir una turbación, no puede por sí solo, dar lugar a la evicción. Es necesario que la turbación o desposesión sea consolidada por sentencia, vale decir que provengan de una reclamación judicial acogida por los tribunales, para que la acción por evicción nazca (salvo los casos de excepción; arts. 2090 y 2092 del Código Civil)¹⁰⁹”.

Por otra parte, la causa de la evicción debe ser anterior o contemporánea a la fecha de la adquisición del derecho¹¹⁰.

De igual modo, se exige que exista una sentencia judicial firme condenatoria contra el derecho del adquirente.¹¹¹

Finalmente, se solicita que el adquirente no haya tenido información acerca de la existencia del vicio¹¹². Y en sentido contrario que el enajenante no haya actuado de mala fe que se verificará “cuanto se oculte al adquirente la existencia de un tercero con mejor derecho, bastando al transmitente, para obrar con buena fe, comunicar tal circunstancia al adquirente¹¹³”.

En sentido concordante, la doctrina judicial ha entendido que “para que se pueda aplicar la garantía de evicción debe mediar una transmisión de derechos que ponga en funcionamiento esa garantía¹¹⁴”.

Ello es así por cuanto “la garantía de evicción procura asegurar al adquirente el goce de su derecho sin interferencias y así evitar que aquél sufra alguna perturbación en su ejercicio. Por tanto, el crédito que el adquirente tiene frente al garante no se limita a exigir la no turbación, pues comprende también la indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido como consecuencia de la evicción¹¹⁵”.

Otro tribunal entiende que “la garantía de evicción esta ínsita en el contrato de compraventa y el secuestro del vehículo, la definitiva privación de su uso para el actor desde que ello ocurrió, ha configurado objetivamente el presupuesto al que la ley supedita el funcionamiento de la garantía¹¹⁶”.

En esta dirección se ha dicho que “para que la garantía de evicción opere es menester que el adquirente cite a su vendedora para que salga en su defensa ante el ataque de un tercero, bajo apercibimiento de cesación de la obligación de evicción¹¹⁷. En otras palabras, “para citar en garantía al vendedor no se requiere de una demanda civil; basta que el adquirente sea privado

¹⁰⁸ Sozzo, Gonzalo, comentario arts. 2089 a 2239 en “Código Civil Comentado – Doctrina – Jurisprudencia – Bibliografía” “Contratos – Parte especial”, Tomo III Artículos 2051 a 2310, Director Ricardo Luis Lorenzetti, (Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2006), p. 112.

¹⁰⁹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expediente: 20449 “Laudecina Francisco y otros En J: Laudecina Francisco y otros Celia Bustos De Quiroga Ordinario – Casación”, 26-07-1957, LS065 - Fs.163

¹¹⁰ Calvo Costas, Carlos A, ob. cit.; Sozzo, Gonzalo, ídem, precisa que “la palabra causa esta tomada como vicio inherente al derecho que se transmite” todo defecto que vuelve ilegítimo el derecho.

¹¹¹ Calvo Costas, Carlos A., ob. cit., agrega que “solo para el caso de la evicción posprivación, con excepción de los casos previstos en los art. 2092, 2094, 2111 a 2113 del Código Civil” y Sozzo, Gonzalo, ídem, que “es necesario que recaiga una sentencia judicial al respecto, debiendo obedecer el planteo judicial a una “causa anterior o contemporánea a la adquisición”.

¹¹² Sozzo, Gonzalo, ídem.

¹¹³ Calvo Costas, Carlos, ob. cit., comentario art. 2099, p. 640.

¹¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 19/11/1998, “Mingote, Juan C. c. Estado nacional”, La Ley 1999-C, 362 - DJ 1999-2, 822.

¹¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 10/12/1996, “Krasuk, Jaime c. Casa del Triunfo S. C. A.”, La Ley, 1997-F, 948 - DJ 1999-1, 540.

¹¹⁶ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, 16/09/1995, “Bettendorf, Jorge A. c. Arca Automotores S. R. L.”, LLBA 1997, 135.

¹¹⁷ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 20/04/2001, “Oro, Héctor A. c. Autosanjuan S. A. Jardín del automóvil”, LLGran Cuyo 2001, 960.

temporalmente de su derecho para que comuniqué la situación -cite- fehacientemente a su transmitente para que responda por evicción¹¹⁸”.

Sin perjuicio de las razones antes expuestas, también se debe tener en cuenta que “si el mero conocimiento del peligro de evicción quita al comprador todo derecho a reclamar indemnización, el saber que no se tenía derecho a la cosa prometida en venta a otro, hace desaparecer totalmente, la garantía de la legitimidad, integridad o bondad sobre aquél¹¹⁹”. Es decir, el desconocimiento o ignorancia del defecto, de igual modo, es requisito para la procedencia del saneamiento cuando se produce daño por evicción.

6.3.2.3. Alcance económico del saneamiento.

El Código Civil, en distintas normas (arts. 2118, 2128, 2132, 2140, 2145, 2155 y conc.) establece, de un modo particularizado, el alcance económico del saneamiento debido cuando se verifica la pérdida del derecho del adquirente por la evicción producida. En general, cuando la transferencia es onerosa corresponde la devolución del precio abonado o el valor de la cosa entregada sin intereses. En cambio, cuando es gratuita nada se debe a menos que se haya garantizado la transferencia del bien.

Con relación a esta temática la doctrina de los tribunales ha sostenido que “la evicción tiene su propio y especial régimen indemnizatorio en el que hay un sistema de responsabilidad objetiva que no es susceptible de interpretaciones que alteren su alcance¹²⁰” dado que “la responsabilidad que contemplan las normas relativas a la evicción es de carácter objetivo, impuesta por la ley a todo el que transmite un derecho y con independencia de su conducta, por lo que no se puede, por vía de interpretación, imponer a quien está obligado por evicción o saneamiento, la obligación de reparar más perjuicios que los que la ley expresa y taxativamente le impone¹²¹”.

En el mismo sentido se ha juzgado que “siendo la responsabilidad por evicción o saneamiento, de carácter objetiva o impuesta por la ley a todo aquel que transmite un derecho, y con independencia de su conducta, la buena o mala fe del vendedor o cedente, es en principio indiferente, pues la obligación de indemnizar no depende de su conocimiento de que el bien pertenecía a un tercero o que estaba comprometida la existencia y legitimidad del crédito -en el caso, se hizo lugar a una demanda por evicción debido al secuestro del automóvil vendido por la demandada dispuesto por un juez penal-, sino que resulta de su deber de asegurar al comprador la bondad de los derechos que le ha transmitido¹²²”.

Sin embargo se ha estimado saliendo de la visión objetiva que “si el vendedor -de mala fe- vende una cosa ajena para perjudicar al comprador, sabiendo que el verdadero dueño la

¹¹⁸ Fallo ídem.

¹¹⁹ CC0101 MP 71701 RSD-178-91 S 12-7-1991, “Alvaredo, María c/ Saral S.R.L. y otro s/ Escrituración”, Juba on line; CC0001 LZ 65087 RSD-140-8 S 13-5-2008, “Zucowski Carlos c/ Padilla Josefa s/ Daños y Perjuicios”, Juba on lin. En este fallo se precisó que “más allá que carece de acción por daños y perjuicios cuando hubiere conocido el peligro de la evicción al tiempo de celebración del contrato (art.1532 del Cód. Civil), el locatario también está imposibilitado de reclamar daños y perjuicios si al celebrar el contrato ha tomado a su cargo soportar concretamente estas consecuencias de la evicción. Ello deriva que tanto la evicción como los vicios rehdibitorios son considerados elementos naturales de los contratos, pero no elementos esenciales, por lo que es perfectamente renunciabile la garantía que tanto el vendedor como el locador deben al otro contratante cuando se celebra el contrato”

¹²⁰ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, 16/09/1995, “Bettendorf, Jorge A. c. Arca Automotores S. R. L.”, LLBA 1997, 135.

¹²¹ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 23/02/1995, “Gambino, Nelson E. c. Lorenzo, Ángel G.” LLBA 1995, 494.

¹²² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 26/02/2004, “Stutz, Augusto R. c. Calamari S.A.”, LLBA 2004, 793.

reivindicará, rige el principio de la reparación integral y responde, incluso, por las consecuencias mediatas¹²³”.

Este fallo marca el acierto del codificador al sancionar civilmente los comportamientos de mala fe, como es el caso reglado en el art. 2123 en el cual se regla que “el vendedor de mala fe que conocía, al tiempo de la venta, el peligro de evicción, debe a elección del comprador, o el importe del mayor valor de la cosa, o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de lujo o de mero placer”.

Como se colige, el comportamiento antifuncional del enajenante genera un régimen punitivo civil diferente, más gravoso para él.

Como la conducta de buena o mala fe es relevante para medir las dimensiones del saneamiento debido, no solo en la garantía de evicción sino también en los vicios redhibitorios, razón por la cual viene oportuno traer a colación que en estudios anteriores, y luego de hacer un repaso integral de las referencias dejadas en el Código Civil Argentino y en otras legislaciones, se pudo concluir definiendo que “la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba¹²⁴”.

Cuando se califica al conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo a lo observado, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente, determinante teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes de cada acto.

Del examen efectuado, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento que el sujeto tiene o debe tener de hechos, circunstancias, situaciones, datos, etc., relevantes para el derecho de acuerdo a las características de cada acto jurídico.

Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar, ejecutar o interpretar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.¹²⁵

Estas conductas exigibles, para Jordano Fraga surgen de reconocer la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal). Los primeros “fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación...”¹²⁶

La existencia de estos deberes de tutela de los intereses ajenos con los cuales se vincula el sujeto, creemos que debe hacerse extensiva a toda vinculación jurídica y no solo a la obligacional por cuanto ella deriva además de la buena fe sino del mandato de “no dañar” a otro. Y dentro de la esfera contractual se deben exigir en todas las etapas, la contractual como en el pre y en la post contractual.

¹²³ Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 13/09/1994, “Pascuali, Juan C. c. Traico, José”.

¹²⁴ Alferillo, Pascual E., “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos” incorporado al “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Director Marcos M. Córdoba – Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera – Viviana Kluger, Editorial La Ley – 2004, p. 219; Conferencia de Ingreso como Miembro Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título “Reflexiones sobre la mala fe”. Anales – Año Académico 2003 – Córdoba, p. 151 publicado en Anales - Año Académico 2003, p. 151, página web www.acader.unc.edu.ar y en Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo, junio 2005, p. 23.

¹²⁵ Alferillo, Pascual Eduardo, “La reconocibilidad del error en el Código Civil”, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nac. de Córdoba - 1.976/1977.

¹²⁶ Jordano Fraga, Francisco, ob. cit., p. 141. Este autor completa la idea expresando que “los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido...”

6.3.2.4. Algunas hipótesis de saneamiento.

En este apartado se tratarán las principales hipótesis de saneamiento por evicción que han generado el pronunciamiento de los tribunales.

6.3.2.4.1. El saneamiento en la compra venta.

Si lugar a duda, el punto de partida, como lo recuerda Rezzónico, se fija en que “la obligación de garantía del vendedor comprende la de transmitir un título perfecto sobre la cosa, aunque no se establezca expresamente esa obligación en el contrato, pues según la regla general del art. 505, debe procurarle al acreedor todo aquello a que se obligó¹²⁷”.

Ahora bien, en cuanto a la normativa vinculada con el saneamiento de la evicción cuando se ha celebrado una compra venta, el Código Civil, en su art. 1414 específicamente regla que “debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la evicción al comprador, cuando fuese vencido en juicio, por una acción de reivindicación u otra acción real...”¹²⁸.

De modo concordante, el art. 2118 regla que “verificada la evicción, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido por él, sin intereses, aunque la cosa haya disminuido de valor, sufrido deterioros o pérdidas en parte, por caso fortuito o por culpa del comprador”. Cuando se interpretó esta norma se precisó que “debe entenderse en el sentido de que aquéllos son compensados con el uso y goce de la cosa mientras el comprador la tuvo en su poder. Sin embargo, a partir del momento en que el evicto pierde la posesión de la cosa, la suma por él pagada en concepto de precio comienza a devengar intereses moratorios¹²⁹”.

El codificador, en el artículo siguiente, impone al vendedor la obligación de abonar las costas del contrato, el valor de los frutos, cuando el comprador tiene que restituirlos al verdadero dueño, y a los daños y perjuicios que la evicción le causare¹³⁰.

Sobre el tema Spota distingue que “en la compraventa existe evicción total cuando el adquirente (comprador de la cosa, o de la cuota parte en condominio, o quién a título oneroso obtiene un derecho real de disfrute, aunque, en este último supuesto, no se trata de compraventa sino de cesión de derecho, sea que se transmita un derecho real, sea que se lo constituya) es privado de todo el derecho patrimonial transmitido o constituido (v.gr., el dominio de la cosa adquirida, o el condominio, o la servidumbre predial sobre ella). Hay evicción parcial cuando el adquirente debe reconocer derechos reales sobre esa cosa a favor de terceros, o es privado, en calidad de evicto, de una parte de la cosa adquirida, o de sus partes integrantes o pertenencias, o de una de las cosas adquiridas “colectivamente” (art. 2093, o ha de afrontar el pago del precio de la medianería del muro separativo del fundo colindante, obligación que surgió en cabeza del vendedor pero de la cual responde¹³¹”.

Respecto del tema, en general, la doctrina de los tribunales entiende que “habiéndose acreditado la existencia de un contrato de compraventa, la ulterior privación de la cosa recibida

¹²⁷ Rezzónico, Luis María, “Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil, (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1958), p. 250.

¹²⁸ El art. 2117 C. C. regula que “cuando el adquirente venciere en la demanda de que pudiera resultar una evicción, no tendrá ningún derecho contra el enajenante, ni aun para cobrar los gastos que hubiere hecho”.

¹²⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 10/12/1996, “Krasuk, Jaime c. Casa del Triunfo S. C. A.”, La Ley, 1997-F, 948 - DJ 1999-1, 540

¹³⁰ El art. Art.2120 C.C. estatuye que “debe también el vendedor al comprador, los gastos hechos en reparaciones o mejoras que no sean necesarias cuando él no recibiese, del que lo ha vencido, ninguna indemnización, o sólo obtuviere un indemnización incompleta”.

¹³¹ Spota, Alberto G., ob. cit., Vol. IX, p. 31/32, Garrido, Roque Fortunato – Zago, Jorge Alberto, ob. cit., p. 102.

por el comprador debido al secuestro policial de lo recibido, en razón de una causa anterior a la adquisición - en el caso, mercadería que proviene presuntamente de hurto, robo o defraudación -, torna improcedente imponer al vendedor el cumplimiento de la dación con base en el contrato mencionado, sino que corresponde la reposición de lo dado, conforme a las reglas de la evicción, mediante la restitución del precio recibido por el vendedor - art. 2118, Cód. Civil -.¹³²

Por su parte, el art. 2121 define que “el importe de los daños y perjuicios sufridos por la evicción, se determinará por la diferencia del precio de la venta con el valor de la cosa el día de la evicción, si su aumento no nació de causas extraordinarias”.

A su vez, el art. 2122 reglamenta que “en las ventas forzadas hechas por la autoridad de la justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta”.

La jurisprudencia cuando analizó el punto ha sostenido que “el vendedor de un bien en subasta debe restituir al comprador que sufrió la evicción total, conforme lo establece el art. 2118 del Cód. Civil, el precio percibido sin intereses, salvo que -como en el caso- el vendedor hubiese incurrido en mora en la restitución del precio pagado, en cuyo caso los intereses moratorios deben correr desde la interpelación al demandado¹³³”.

También hizo extensiva su aplicación “al comisionista que se rige por específicas disposiciones legales le son aplicables las reglas del art. 2091 del Cód. Civil y concordantes relativas a la evicción¹³⁴”, por cuanto “si la adquisición de la hacienda se produjo a título oneroso y la causa de evicción es anterior a la misma -hacienda, robada, secuestrada por orden judicial- mediando, por lo tanto, un contrato de compraventa celebrado entre el comisionista y el evicto, operan las reglas relativas a la evicción en la compraventa (arts. 1414, 2118, Cód. Civil), en virtud de las cuales procede la indemnización pedida por los compradores¹³⁵”.

Finalmente, en art. 2123 C. C. se marca un tratamiento diferenciado contra el vendedor de mala fe dejando a elección del comprador perjudicado la opción de reclamar el importe del mayor valor de la cosa, o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de lujo, o de mero placer. Es decir, impone al vendedor de mala fe un saneamiento de la evicción de mayor envergadura económica, sancionando de ese modo el accionar antifuncional.

6.3.2.4.2. Saneamiento en la compra venta de automotores.

La jurisprudencia cuando debió juzgar la procedencia del saneamiento en los casos de compraventa de automotores realizada por comerciante sostuvo que “la concesionaria de automotores debe responder por evicción ante el adquirente de un vehículo -en el caso, un juez penal dispuso el secuestro del bien-, toda vez que actuó en nombre propio y no como gestora de negocios del último titular registral, siendo que ninguna norma del Código Civil veda a quien no es propietario de una cosa la posibilidad de transferirla a otra persona, siempre que tales derechos fueran disponibles¹³⁶”.

En el mismo sentido, se juzgó que “la obligación de reparar que tiene el comerciante vendedor de un automóvil usado por el daño causado al adquirente por evicción total - en el

¹³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 15/09/1999, “Tambores del Comahue S. A. c. Expreso Becher Hnos. S. H. y otro”, La Ley, 2000-F, 74

¹³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 17/05/2005, “Fernández Madero, Ezequiel c. Blencho Silverio René (Tencid Técnica Industrial)”, DJ 2005-2, 1256

¹³⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, 03/09/1985, “Vescio, Osvaldo y otro c. Ganaderos de Luján, S. A.”, La Ley, 1986-A, 541.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 26/02/2004, “Stutz, Augusto R. c. Calamari S.A.”, LLBA 2004, 793.

caso, ocurrió la reivindicación del verdadero dueño que fue desposeído por robo - debe interpretarse con sentido amplio cuando de acuerdo con las circunstancias la turbación del derecho sea grave y/o insuperable para éste¹³⁷.

Concretamente se entendió que “el raspado y regrabado de los números del chasis del automotor constituyen un vicio oculto que obliga al vendedor a reparar por evicción¹³⁸”.

De igual modo, cuando “el demandado ha transmitido la cosa -en el caso un camión- actor mediante un acto a título oneroso, habiéndose producido la desposesión por el secuestro que practica personal policial, en razón de una causa preexistente a la adquisición por el comprador, -como es la adulteración de la chapa identificatoria del motor y del número de chasis-, puede ejercerse la acción por evicción, pues el secuestro en tales circunstancias importa una grave perturbación del uso y goce de la cosa a que tiene derecho, no siendo necesaria la sentencia judicial que prescribe el art. 2091 del Cód. Civil¹³⁹”.

También, se consideró que “cabe hacer lugar a la acción de daños y perjuicios entablada por el comprador de un automotor en virtud del incumplimiento por parte del vendedor del convenio extrajudicial mediante el cual éste se había comprometido a sanear el título de propiedad del rodado vendido —en el caso, los números de chasis y motor no se correspondían con los consignados en el título— pues, si bien la errónea identificación del automotor no fue generada por el vendedor, su responsabilidad se funda en la garantía de evicción¹⁴⁰”.

Con relación a la cuantía indemnizatoria por los daños acaecidos a partir de la configuración de la pérdida de la propiedad o perturbación del automotor se ha dicho que “el vendedor de un automóvil usado debe devolver el precio recibido en razón de haber sido el comprador privado del objeto del contrato, por no poder inscribir el dominio del rodado a su nombre en virtud de la adulteración del número de su motor, pues, resulta aplicable la garantía de evicción y saneamiento que protege al adquirente de las anomalías determinantes de la privación o turbación de un derecho¹⁴¹”.

Por su parte, otros tribunales han entendido que “a los fines de determinar el monto de la indemnización debida por evicción al comprador de un automotor que fuera desguazado por orden de un juez penal corresponde detraer del importe nominal abonado por el adquirente, el valor de los elementos del rodado que le fueron entregados -en el caso, motor del vehículo-, pues lo contrario implicaría enriquecerse o beneficiarse en perjuicio del vendedor¹⁴²”. De igual modo que “la obligación del comerciante vendedor de un automóvil usado de reparar al adquirente del mismo el daño resultante de la evicción total consumada... tiene el alcance de restituirle el

¹³⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 25/08/2000, “Sánchez, Marcelo F. c. Córdoba 5430 S. A. y Córdoba 5430 S. A. c. Ginaca”, La Ley 2000-F, 690.

¹³⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 15/06/1999, “Castro, Rubén A. c. Galante, Alberto”, LLBA 2000, 800.

¹³⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, 30/05/1996, “Novo, Manuel A. c. Di Pino, Angel”, LLBA 1996, 1131.

¹⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 14/03/2006, “Badascarrasbure, Eduardo H. c. SVG S.R.L.”, LLBA 2006 (agosto), 915.

¹⁴¹ Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial III, 21/11/2005, “Hildebrandt, Eduardo A. c. Carballo, Carlos”, LLLitoral 2006 (abril), 355.

¹⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D 04/05/2001, “Mingrone, Alejandro D. c. Cabral, Raúl O.”, DJ 2001-3, 474, La Ley 2001-F, 398 - ED 196, 214. En este fallo se completa la idea aseverando que “el importe de los daños y perjuicios derivados de la evicción -en el caso, automotor vendido que fue desguazado en virtud de la orden de un juez penal- con relación al vendedor de buena fe debe determinarse por la diferencia de precio de la venta con el valor de la cosa al día de la evicción, debiendo quien reclama mayores daños demostrar que el citado vendedor era de mala fe, es decir que conocía del peligro al tiempo de la venta (art. 2123, Cód. Civil)... “si bien el precio que debe restituirse por evicción al comprador no conlleva intereses al considerarse compensados con el uso y goce de la cosa, procede la aplicación de réditos moratorios si para obtener la restitución del citado precio éste debió demandar al vendedor, devengándose a partir de la notificación de la demanda o de la constitución en mora del deudor...”.

precio recibido y lo demás invertido, las costas, frutos y daños y perjuicios que ésta le causare¹⁴³”.

En jurisdicción de la provincia de Buenos Aires se ha juzgado que “a fin de cumplir la obligación de evicción se debe proceder a la citación de evicción, cuyo régimen legal consiste en que el adquirente que es demandado por un tercero debe, por medio del Juez, hacer notificar al vendedor que existe esa demanda por la cual se le quiere privar de la posesión de la cosa o de alguna parte de ella o de algún derecho que debe ejercerse en forma exclusiva en razón del dominio de las cosas particulares¹⁴⁴”.

Y de que “no puede tomarse como parámetro del daño el precio que, en la actualidad, posee en el mercado de usados un vehículo similar al que le fuera privado a la actora evicta. Ello implicaría hacer cargar sobre ésta -y en claro beneficio del autor del daño- con la depreciación sufrida por el automotor entre el momento del daño y el presente. Para evitar esto, es más prudente tomar en consideración -como indicador del valor de cambio o compra buscado- el precio de mercado que el presente posee un vehículo de similares características al evicto y con idéntica antigüedad a la que éste tenía al día de la evicción¹⁴⁵”.

6.3.2.4.3. Saneamiento en la transferencia del registro marcario.

La doctrina judicial juzgó que “desde el momento mismo de la cesión o venta de un registro marcario, aunque no se haya hecho la pertinente anotación registral, el interés legítimo se desplaza del cedente al cesionario, salvo el interés residual por la garantía de evicción, pues cada enajenante transfiere la cosa a su adquirente con todos los derechos que le competían¹⁴⁶”.

6.3.2.4.4. Saneamiento en la cesión de créditos.

El art. 2155 del Código Civil regla, relacionado con temas del derecho comercial que “la evicción entre cesionarios y cedentes comprende la evicción de derechos dados en pago, remitidos o adjudicados, y los créditos transmitidos en virtud de subrogación legal¹⁴⁷”.

Concordantemente, el art. 2158 establece que “en el caso de evicción total o parcial del derecho cedido, el cedente responde como está dispuesto respecto al vendedor, cuando es vencido el comprador en la cosa comprada¹⁴⁸”.

¹⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 25/08/2000, “Sánchez, Marcelo F. c. Córdoba 5430 S. A. y Córdoba 5430 S, A. c. Ginaca”, La Ley 2000-F, 690; Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - Editorial La Ley, 2002, 216, con nota de AA. VV. - DJ 2001-1, 800.

¹⁴⁴ CC0000 TL 8350 RSD-16-23 S 19-5-1987, “Cooperativa Ltda. Eléctrica Colonia Seré c/ Riggi, Miguel y otra s/ Desalojo”, Juba on line.

¹⁴⁵ CC0103 LP 221687 RSD-203-95 S 29-8-1995, “Rori de D’Amico, Edith c/ Rosales, Ofelia Petrona s/ Daños y perjuicios”, Juba on line.

¹⁴⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, 24/09/1996, “Salgado Pérez, José c. Medical Research Laboratories Inc.”, La Ley 1997-B, 558, DJ 1997-1, 989

¹⁴⁷ El art. 2156 C.C. establece que “a la evicción de los derechos cedidos por cosas con valor, o por otros derechos, es aplicable lo dispuesto sobre evicción entre permutantes” y a su vez el art. 2157 que “a la evicción de derechos cedidos gratuitamente, o por remuneración de servicios o por cargas impuestas en la cesión, es aplicable lo dispuesto sobre las donaciones de esas clases”.

¹⁴⁸ El art.2159 C.C. prevé que “si la cesión fuese de determinados derechos, rentas o productos transferidos en su totalidad, el cedente no responde sino de la evicción del todo en general, y no está obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se compongan, sino cuando la evicción fuere de la mayor parte”.

Con relación al tema la doctrina de los tribunales han especificado que “conforme los arts. 1476 y 1484 del Cód. Civil, la garantía por evicción se debe en los supuestos de cesiones onerosas no sólo para el de buena fe sino, con mayor razón, para el de mala fe porque se trata de una garantía de derecho que surge "ipso jure" como efecto de la cesión y por su condición onerosa; máxime si el cedente se comprometió a canjear el título de crédito, lo cual implicaba su compromiso de asegurar el cumplimiento de la cesión¹⁴⁹”.

De igual modo se ha ponderado que “la cedente no responde por el crédito existente pero no pagado. La cedente responde por el crédito inexistente. La cedente responde por el crédito inexistente¹⁵⁰”.

6.3.2.4.5. Saneamiento de los derechos del locatario.

En el contrato de locación de cosas “la garantía de evicción es un deber que pesa sobre el locador en la medida que el locatario cumpla con su propia obligación de informar- en el menor tiempo posible- de toda usurpación o novedad dañosa a su derecho (art.1530 Cód. Civil). El incumplimiento no sólo trae aparejada la cesación de la garantía por evicción, sino que además- como todo en vínculo obligatorio- su inejecución puede dar lugar a una responsabilidad por daños y perjuicios encuadrable en la órbita contractual, dado que se trata de la inejecución de una obligación secundaria producida durante la ejecución del contrato. La razón de ser de la comunicación que deberá efectuar el locatario, es la de posibilitar en tiempo y modos oportunos la intervención del locador, para que pueda cumplimentar su garantía respecto al uso y goce concedidos. La norma del artículo 1530 contempla las dos situaciones de la garantía de evicción resultantes de los artículos 1527 y 1528 del Código Civil¹⁵¹”.

Este fallo completa su estudio diciendo que “una consecuencia para el locatario por su omisión de notificar al locador- a menos que pruebe que éste pese a la omisión, había conocido en tiempo las pretensiones del tercero- es responsabilizarlo por los daños y perjuicios producidos al locador. La otra consecuencia de dar aviso es que el locatario perderá el derecho que tenía de exigir las garantías que habían nacido a su favor como resultado de la celebración del contrato, que obligan al locador a responder por evicción¹⁵²”.

En otro caso relacionado con el contrato de locación se ha juzgado que “entre las turbaciones de derecho que pueden dar lugar a la responsabilidad por evicción se ubican los actos de la autoridad pública, siempre que no estén vinculados con la actividad propia del locatario. Así, el obrar municipal se supone fundado en el beneficio general de la comunidad, de modo que su oposición a la utilización del inmueble en la forma convenida puede ser encuadrada en los presupuestos del art. 1526, derivándose de ello que la imposibilidad de lograr la habilitación constituye causa suficiente para resolver la locación, aun cuando no constituya caso fortuito¹⁵³”.

6.3.2.4.5. Saneamiento entre socios.

¹⁴⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L 20/05/1996, “De Olazábal, Rafael F. c. Catanzaro, Nuncio”, La Ley 1998-C, 2

¹⁵⁰ C. Nac. Com., sala D, 28/05/2003, “Helueni, Rosa v. Wal Mart Argentina S.A.”, Lexis N° 1/70057 ó 1/5511688; 1/5511686 ó 1/70055 y 1/70056 ó 1/5511687.

¹⁵¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 13/05/2008, “Zukowski, Carlos c. Padilla, Josefa”, LLBA 2008 (julio), 674.

¹⁵² Fallo ídem

¹⁵³ CC0001 LZ 61674 RSD-389-7 S 13-11-2007, “Barrios, Ignacia c/ Barrero, Fernando s/ Daños y perjuicios”, Juba on line.

Una de las hipótesis, típicamente comercial es la que acontece cuando el socio debe garantizar la integridad de sus aportes a la sociedad. Ello es así por cuanto al decir de Borda, “el socio debe fidelidad a la sociedad y a los otros socios, es un deber que no sólo obliga a los socios a omitir lo que es perjudicial al interés común, sino a hacer lo que requieran las circunstancias y sea exigible a cada uno de acuerdo a lo que un hombre honorable y prudente espera de un socio¹⁵⁴”.

En ese sentido, el art. 41 de la Ley 19.550 expresamente regla, después de estipular que la sociedad es cesionaria por la sola constancia en el contrato social precisa que “el aportante responde por la existencia y legitimidad del crédito. Si éste no puede ser cobrado a su vencimiento, la obligación del socio se convierte en la de aportar suma de dinero, que deberá hacer efectiva en el plazo de treinta (30) días”.¹⁵⁵

Por su parte, en concreto, el art. 46 establece que “la evicción autoriza la exclusión del socio, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños ocasionados. Si no es excluido, deberá el valor del bien y la indemnización de los daños ocasionados”. Sin embargo, el art. 47 prevé que “el socio responsable de la evicción podrá evitar la exclusión si reemplaza el bien cuando fuere sustituible por otro de igual especie y calidad, sin perjuicio de su obligación de indemnizar los daños ocasionados”.

Si el aporte del socio fuere el usufructo del bien, en caso de evicción se aplicará conforme lo regla el art. 48, el contenido del artículo 46¹⁵⁶. En cambio cuando se trata de la pérdida del aporte de uso o goce, regula el art. 49, “salvo pacto en contrario, el socio soportará la pérdida total o parcial cuando no fuere imputable a la sociedad o a alguno de los otros socios. Disuelta la sociedad, puede exigir su restitución en el estado en que se hallare.”¹⁵⁷

Sobre el tema Martorell esquematiza diciendo que “tal como surge de los artículos pretrascritos, la sociedad puede optar entre: A) excluir al socio, sin defecto de su responsabilidad por los daños ocasionados (art. 46 , 1er. párr.); B) no excluirlo, en cuyo caso el socio que aportó el bien vicioso deberá el valor que se le fijó al aportarlo, con más la indemnización de los daños producidos (art. 46 , 2º párr.); C) decidir excluirlo, y que el socio responsable de la evicción evite la exclusión reemplazando el bien por otro de igual especie y calidad, sin perjuicio de su deber de indemnizar los perjuicios ocasionados, al igual que en las alternativas anteriores (art. 47 , L.S.C.). Obviamente, la decisión de excluir o no al socio corresponde a la sociedad, la cual no puede ejercer este derecho abusivamente. Prueba de ello es que el legislador ha contemplado la posibilidad de que -aun resuelta la exclusión- el socio que aportó el bien vicioso pueda neutralizarla ofreciendo su reemplazo "por otro de igual especie y calidad". Empero, esta facultad del socio de intentar salvaguardar o mantener su status socii, sólo puede ser actuada si no se acredita que el aportante conocía de antemano el vicio que dio origen a la evicción, ya que de lo contrario nace indefectiblemente en favor de la compañía la acción individual de exclusión prevista por el art. 91 de la ley, porque no sería razonable que se le imponga que admita en su seno a quien -deliberadamente- intentó actuar en su perjuicio¹⁵⁸”.

Por su parte la normativa del Código Civil, de igual modo, trata el tema de la evicción de los aportes de los socios, en su art. 2132 cuando ordena que “el socio que hubiese aportado a la

¹⁵⁴ Borda, Guillermo, Tratado cit., p. 259.

¹⁵⁵ De modo concordante, el art. 2139 del Código Civil regla que “Si la prestación del socio fue de créditos, el socio responsable está obligado a la sociedad por la evicción, como si él hubiese recibido el valor de los créditos”.

¹⁵⁶ El art. 2137 del Código Civil marca que “Si la prestación del socio fuere el usufructo de un inmueble, la evicción lo obliga como al vendedor de frutos, y pagará a la sociedad lo que se juzgue que valía el derecho del usufructo”.

¹⁵⁷ El art. 2138 Código Civil establece sobre el tema que “Si la prestación consistía en el uso de una cosa, el socio que lo concedió no es responsable a la evicción, sino cuando al momento del contrato sabía que no tenía derecho para conceder el uso de ella. Debe sin embargo ser considerado como el socio que ha dejado de aportar la cosa que se obligó”.

¹⁵⁸ Martorell, Ernesto E., “Sociedades de Responsabilidad Limitada”, (LexisNexis – Depalma – 1989) , Lexis N° 6205 / 001339

sociedad un cuerpo cierto, responderá en caso de evicción por la indemnización de las pérdidas e intereses que resultaran a la sociedad, o a los otros socios”.

En función de ello, “si por la evicción se disolviese la sociedad, el socio responsable pagará las indemnizaciones debidas a la sociedad por las pérdidas e intereses que la disolución le hubiere causado.

Si la sociedad continuase, el socio responsable pagará el valor del todo, o de la parte de que la sociedad se halla privada, y a más: 1 - Los gastos que la sociedad hubiese hecho para recibir o transportar los bienes vencidos; 2 Los costos del pleito con el vencedor; 3 El valor de los frutos que la sociedad hubiese sido obligada a pagar al vencedor”.

A su vez, indica el art. 2135 “si la prestación del socio de la cual la sociedad ha sido privada, consistiese en cosa muebles o inmuebles destinadas a ser vendidas, el socio responsable está facultado a reemplazarlas por otras cosas exactamente semejantes”. Pero, previene el art. 2136 que “si la prestación de que la sociedad ha sido privada consistiere en un cuerpo cierto, afectado a un destino especial por el contrato, el socio responsable no tiene derecho para obligar a los otros socios a aceptar la sustitución de la cosa vencida por otra exactamente semejante”.

6.3.3. Responsabilidad por los vicios redhibitorios.

6.3.3.1. Concepto.

El Código Civil, en el art. 2164, conceptualiza que “son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella”.¹⁵⁹

Para Wayar “es lógico que quién adquiere un bien tenga derecho a conocer el estado en que ese bien se encuentra, pues seguramente lo quiere para darle un destino determinado, intención que puede frustrarse si la cosa no está en las condiciones que creyó el adquirente. Por eso, mientras el enajenante tiene el deber de informar el estado en que el bien se encuentra, el adquirente tiene derecho a ser protegido¹⁶⁰”.

Por esa razón, los tribunales entienden que “toda persona que transfiere el dominio de una cosa por título oneroso debe garantía por los vicios redhibitorio¹⁶¹”. A partir de ello, “se denomina vicios redhibitorios las deficiencias ocultas de la cosa existentes al tiempo de su adquisición y cuya magnitud depende que -de haberlas conocido- el adquirente no lo habría comprado o hubiera pagado un precio menor por ella. Ello así, al que transfiere el dominio de una cosa, la ley le impone la obligación de garantía por la misma, en virtud del deber de lealtad que debe estar presente en todas las relaciones contractuales, razón por la cual, el enajenante -

¹⁵⁹ Garrido, Roque Fortunato – Zago, Jorge Alberto, ob. cit., p. 107; López de Zavalía, Fernando J., ob. cit., Spota, Alberto G., ob.cit., Vol. IX, p. 53; 505; Cifuentes, Santos, ob. cit., Tomo IX, p. 771; Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit., Tomo I, p. 286; Gianfelici, Mario César, “Incumplimiento contractual, vicios redhibitorios e invalidez por error en la compra venta, La Ley 1985-E, 938; Responsabilidad civil – Doctrinas esenciales, Tomo II, 13; Barbier, Eduardo – Ghersi, Carlos A., “Contratos. Vicios redhibitorios y reparación de daños (Los actos propios en la interpretación poscontractual y en el proceso judicial)”, La Ley 1990-B, 580, Responsabilidad civil – Doctrinas esenciales, Tomo I, 919; Trigo represas, Félix A., “Vicios redhibitorios y diferencia de calidad sustancial”, La Ley 1982-C, 367, Responsabilidad civil – Doctrinas esenciales, Tomo II, 5; Borda Guillermo, “Tratado cit., p. 259, entre otros.

¹⁶⁰ Wayar, Ernesto C., ob. cit., p. 115.

¹⁶¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 19/04/1999, “S. de C., V.A. y otro c. B., E. C. y otro.”, La Ley 2000-C, 922 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - Editorial La Ley, 2002, 213.

una vez advertido de la existencia de un defecto o vicio oculto- debe ofrecer al comprador la rescisión del contrato o la indemnización del perjuicio¹⁶²”.

En el mismo sentido se puede reproducir el pensamiento de otro tribunal cuando dijo que “según el art. 2164 del Código Civil son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, que se transmite por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, disminuyendo las posibilidades del uso de ella, pues si el adquirente los hubiera conocido, no la habría adquirido, o habría pagado menos por ella. En esta situación, el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, restituyendo éste el precio pagado, o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio, según lo sienta el art. 2174 del Código Civil¹⁶³”.

Sin embargo, “no cualquier imperfección puede ser considerada vicio de la cosa a los efectos de hacer nacer la garantía por vicios redhibitorios, sino que se requiere que la entidad sea importante, circunstancia que objetivamente se puede configurar cuando el defecto torne la cosa impropia para su destino o cuando disminuya la posibilidad de usar la cosa¹⁶⁴”.

De igual modo se ponderó que “la garantía por el buen funcionamiento de la cosa es conceptualmente diferente a la protección legal por vicios redhibitorios, y la asunción de esa garantía en forma unilateral no ha obstado, a que la jurisprudencia interpretase que el vendedor, por el solo hecho de entregar la garantía de fabricante, se convierta él mismo en garante, y que el fabricante, por esa garantía convencionalmente asumida, que se adiciona a la que resulta del contrato de compraventa del vendedor respecto del comprador, responde también por los vicios redhibitorios¹⁶⁵”.

6.3.3.2. Requisitos.

Cuando Compagnucci de Caso estudió el tema aseveró que “para permitir la viabilidad y el éxito en la pretensión en cualquiera de las dos vías de acceso, es necesario que se cumplan los requisitos siguientes: que se trate de un defecto inherente a la cosa, que el vicio sea oculto, que también tenga el carácter de grave, que preexista a la venta, y además -algo que no hace al caso bajo estudio- que sea consecuencia de una transmisión de carácter onerosa¹⁶⁶”.

Respecto de la calidad de oculto del vicio y por contraposición el aparente, estima “un poco arriesgado establecer una regla rígida e implacable para todos los hechos donde sea aplicable la ley civil. Es conveniente el análisis previo en cada supuesto particular, ya que en la diversidad fáctica y su enormidad cuantitativa, se encuentran situaciones de lo más curiosas y sorprendentes; a veces bastará con la mirada atenta y observación prolija del comprador para

¹⁶² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nominación de Córdoba, 20/07/1995, “Rodríguez, Gloria C. y otro c. Santacroce, Rafael H.”, LLC 1995, 969

¹⁶³ CC0201 LP, B 79849 S 28-12-1995, “Copes, Jorge Alberto c/ Biancuso, Roberto s/ Daños y perjuicios”, LLBA 1996, 501; CC0002 SI 92089 RSD-228-3 S 7-10-2003, “Gilligan, Patricia A. c/ Pliauzer, Rallys y otro s/ Cobro de pesos”. En este fallo se dijo que “es vicio redhibitorio el defecto oculto de la cosa cuyo dominio, condominio, uso o goce se acordó por título oneroso que existiere al tiempo de la transmisión posesoria, que haga a la cosa impropia para su destino o uso habitual y que de haberlo conocido el adquirente no la habría adquirido o habría dado menos por ella (art. 2164, 2170, 2173, y codtes. del Cód. Civil). El adquirente tiene a su cargo la prueba de que el vicio existía al tiempo de la adquisición, y no probándolo, se juzga que el vicio sobrevino después (art. 2168 del Cód. Civil)”.

¹⁶⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 18/05/2007, “Pecotche, Ana I. c. Pliauzer Rallys, Ángel D. y otro”, DJ 2007-III, 562.

¹⁶⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 22/08/1986, “Severino, Carlos O. c. Boris Garfunkel e Hijos”, La Ley 1986-E, 642, DJ 1987-1, 653

¹⁶⁶ Compagnucci de Caso, Rubén H., “El vicio oculto en la acción redhibitoria”, La Ley 24/08/2004, 3-DJ 2004-3, 556

agotar el requisito; en otras será menester el auxilio de expertos o peritos para cumplir debidamente con el deber de cuidado¹⁶⁷”.

Por su parte, Salerno recuerda que el vicio debe existir al tiempo de la adquisición dado que el defecto o imperfección se exteriorizará después de la entrega de la cosa, pues antes se encontraba oculto, en estado latente, sin exhibir su entidad. A partir de que el vicio se torna visible, queda afectada la cosa en sí misma y puede ocasionar su destrucción en forma total o parcial, o impedir su uso regular. Si se trata de un animal, podrá morir o dejar de ser útil; si se trata de un automóvil o un artefacto electrodoméstico (como un televisor) más allá del deterioro que sufra, no funcionará normalmente. En todas estas hipótesis el menoscabo se produce sobre el bien adquirido, de modo que se pone en evidencia la inexecución del contrato respecto de su objeto, aunque el incumplimiento se exteriorice a posteriori de su dación por el enajenante.¹⁶⁸

La opinión de la magistratura en cuanto a los requisitos entiende que “los vicios redhibitorios, definidos por el art. 2614 del Cód. Civil, necesitan para constituirse como tales de ciertas condiciones: que sean "ocultos", de suficiente gravedad y existentes "al tiempo de la adquisición" del bien y cuya importancia fuera tal que de haberlos conocido el adquirente no habría comprado la cosa o habría pagado menos por ella¹⁶⁹”.

En otras palabras “el vicio redhibitorio debe ser: a), oculto, pues cuando los defectos puedan descubrirse mediante un examen atento y cuidadoso de la cosa, en la forma usual con que se observan las cosas que son objeto de venta, se descartan los vicios redhibitorios; b), importante, pues de haberlo conocido el adquirente habría pagado menos por la cosa; c), anterior a la venta¹⁷⁰”.

Respecto del primer requisito se ha precisado que “el vicio redhibitorio debe ser oculto, pues cuando los defectos puedan descubrirse mediante un examen atento y cuidadoso de la cosa, en la forma usual en la que se observan las cosas que son objeto de venta, se descartan los vicios redhibitorios; y a más de ello deben ser importantes y anteriores a la venta, pues de haberlos conocido el adquirente habría pagado menos por la cosa¹⁷¹”.

6.3.3.3. Alcance económico del saneamiento.

El Código Civil, en su art. 2173, regla como paradigma que “entre compradores y vendedores, no habiendo estipulación sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios o defectos ocultos de la cosa aunque los ignore; pero no está obligado a responder por los vicios o defectos aparentes”.

A su vez, en la norma siguiente se estipula que “el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado, o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio”¹⁷².

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ Salerno, Marcelo Urbano, “Vicios redhibitorios: tres notas fundamentales”, La Ley 1994-E, 651-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 39. El autor completa su pensamiento precisando que “el recaudo sobre la existencia temporal del vicio en la cosa adquirida está impuesto en el art. 2164 del Cód. Civil, inspirado en Tropolog, quien explicó los alcances del art. 1641 del Cód. Francés. Agrega el art. 2168 del Cód. Civil que la prueba de ese hecho corre por cuenta del adquirente”.

¹⁶⁹ Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 13/04/2002, “De Bellis Vicino, Nancy c. Ozán, Amalia B.”, LL Gran Cuyo 2002, 565

¹⁷⁰ Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, 28/12/1995, “Copes, Jorge A. c. Biancuso, Roberto”, LLBA 1996, 501.

¹⁷¹ CC0203 LP 103458 RSD-164-5 S 29-6-2005, “Tartaglia, Marcelo c/ Soriano, Eduardo y otro s/ Vicios redhibitorios”, Juba on line.

¹⁷² Art.2175. El comprador podrá intentar una u otra acción, pero no tendrá derecho para intentar una de ellas, después de ser vencido o de haber intentado la otra.

Como se colige el adquirente del bien que adolece de vicios ocultos que lo hacen impropio para su destino tiene a su favor dos acciones: la primera, para dejar sin efecto el contrato y, la segunda, para que se disminuya el precio abonado de conformidad a la gravedad del defecto verificado (*quanti minoris* o estimatoria).

En este punto, para completar el cuadro normativo previo a tener en cuenta para realizar el análisis en particular de las consecuencias de cada acción, corresponde citar el contenido normativo del art. 2176 del Código Civil, el cual da un tratamiento diferencial al saneamiento del vicio oculto cuando el transmitente “conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, si optare por la rescisión del contrato”.

a) Consecuencias cuando el contrato es dejado sin efecto.

Cuando el contrato es dejado sin efecto por los vicios ocultos que contenía la cosa transferida para cuantificar el saneamiento se debe diferenciar si el vendedor actuó de buena o mala fe.

Respecto de ello, Calvo Costa, recuerda que si el enajenante ha actuado de buena fe (es decir, si vendió la cosa ignorando que la misma poseía defectos ocultos), es responsable por la restitución del precio recibido con motivo de la compraventa, con más los intereses, los que se computarán desde la fecha en que se recibió el pago. Sin embargo, en tal caso, el adquirente deberá restituir los frutos y productos que hubiere percibido desde el mismo momento en que tomó posesión de la cosa. En tal caso, será posible compensar ambas obligaciones (art. 1053) y que debe adicionarse como obligación del vendedor el reembolso de los gastos del contrato que debió efectuar el comprador perjudicado, puesto que se trata de erogaciones que el comprador ha debido realizar para la adquisición de la cosa.¹⁷³

Al respecto la doctrina judicial interpretó que “el vendedor de un inmueble que padece vicios redhibitorios y que debe restituir el precio abonado por él en función de lo dispuesto por el art. 2174 del Cód. Civil, debe también indemnizar los gastos y honorarios de la escritura del bien y la comisión pagada a la inmobiliaria, pues, si bien no existe una constancia que discrimine exactamente el monto pagado por aquellos conceptos, sí se encuentra probada la existencia de dichas erogaciones¹⁷⁴”.

En cambio, si el enajenante conocía o debía por razón de su oficio o profesión conocer que la cosa transferida poseía un defecto oculto y ocultó dicha información al comprador no sólo debe reembolsar el precio pagado por el comprador, sino también resarcirlo de los menoscabos que hubiere le producido con su accionar antifuncional.

Así se ha juzgado que “la resolución contractual derivada del incumplimiento puede ir siempre acompañada de la reclamación de daños y perjuicios, en la acción redhibitoria, estos últimos no pueden ser reclamados del vendedor si no se prueba que ha habido dolo o mala fe de su parte. El incumplimiento autoriza a solicitar además del cumplimiento o la resolución el resarcimiento de los daños y perjuicios. Por el contrario, los vicios redhibitorios sólo permiten, en caso de haberse optado por la resolución, solicitar la devolución del precio, a menos que expresamente se demuestre el dolo del vendedor en los términos del art. 2176 del Cód. Civil, en cuyo caso procederá también la reclamación de los restantes perjuicios que pudiesen haber sido ocasionados¹⁷⁵”.

¹⁷³ Calvo Costas, Carlos A., ob. cit., p. 754.

¹⁷⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 20/10/2006, “Montheil de Vilchez, Andrea V. c. Keyboard S.A.”, DJ 2007-I, 1088

¹⁷⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 28/02/1985, “Vanasco, Carlos A. c. Helly Nahmad y Asociados, S.R.L.”, La Ley 1986-A, 132

En igual sentido “resulta improcedente el reclamo de daños y perjuicios impetrados por quien dedujera acción por vicios redhibitorios si no acreditó que el vendedor actuó de mala fe, es decir que por razón de su oficio o arte conocía o debía conocer los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida¹⁷⁶”.

Por último se fija que “la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de los vicios redhibitorios de la cosa vendida, no es una acción autónoma, sino dependiente -accesoria o complementaria- de la rescisoria. Si no se ejerce ésta, tampoco ella es viable, y si se desiste de la principal, se desiste necesariamente de la complementaria¹⁷⁷”.

Complementa el tema del saneamiento la determinación de los accesorios de la cuantía resarcitoria. En ese sentido la doctrina judicial ha definido que “en materia de vicios redhibitorios, por tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual, los intereses deben correr desde la constitución en mora del deudor¹⁷⁸”.

b) Consecuencias cuando se reclama la disminución del precio.

Con relación a la denominada acción *quantum minoris* se explica que si el enajenante actuó de buena fe, únicamente se verá obligado a reembolsar al comprador una parte del precio abonado por éste, que consistirá en el costo de los trabajos de subsanación (si el vicio es subsanable) o en el equivalente a la proporción de desvalorización que haya sufrido la cosa (es decir, la diferencia entre el precio abonado y el valor real de la cosa en el mercado, considerando para ello el vicio manifestado).¹⁷⁹

En sentido concordante la jurisprudencia ha sostenido que “la *actio quantum minoris* (art. 2164 y concordantes, Código Civil) tiende, frente a su éxito, a la restitución por parte del otro contratante vendedor al adquirente, de la cantidad que resulte de disminuir del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio, o bien que se baje de lo dado el menor valor de la cosa, más no es cualquiera el defecto que deviene hábil para motorizar la aplicación del instituto, sino que el mismo debe resultar importante, oculto y desconocido en el momento de la adquisición, tornando a la cosa inepta para su destino¹⁸⁰”.

Concretamente, “si se admite una reducción del precio del inmueble enajenado con sustento en la responsabilidad contractual por vicios redhibitorios en los términos de los arts. 2164 y 2168 del Cód. Civil, corresponde reconocer que la diferencia entre el valor de la propiedad en el mercado y aquel pactado por las partes en el contrato, compensa parcialmente los costos que habría de requerir la compostura de los defectos del bien vendido¹⁸¹”.

¹⁷⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 01/09/2000, “Sanz Julio Ricardo c. Chin Chin Sheng”; CC0103 LP 224271 RSD-23-97 S 13-2-1997, “Balbín de Ferrer, Lía Elena y otros c/ Juan Pablo y otro S.A. s/ Daños y perjuicios”, Juba on line, En esta sentencia se juzgó que “la acción estimatoria o *actio quantum minoris* procura la reducción del precio de compra o, para decirlo con el verbo de Velez Sarsfield, “que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio”. En cambio no podría prosperar el reclamo de daños y perjuicios contra quien no conocía el vicio y no puede reputarse vendedor de mala fe. De allí que el objeto de la condena no puede ir mas allá de la suma representativa del menor valor que a la cosa provocara el vicio redhibitorio que dió su causa a la demanda”.

¹⁷⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 06/10/1986, “Crespillio, Antonio y otros c. Juri o Juri de Radatsi, Grimelda”, La Ley 1987-B, 197

¹⁷⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 11/12/2007, “Burgueño, Walter Ricardo y otro c. Alto Palermo S.A. (APSA)”, La Ley Online

¹⁷⁹ Calvo Costas, Carlos A., ob. cit., p. 765.

¹⁸⁰ CC0100 SN 276 RSD-276-5 S 22-12-2005, “Bertetti de Baños Edith Raquel c/ Bonelli Eduardo Lisandro s/ Acción *quantum minoris*”; CC0102 LP 206758 RSD-100-90 S 31-7-1990, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ DETIA S.A.I.C. y otro s/ Ordinario”, Juba on line.

¹⁸¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 15/11/2005, De San Félix, María C. c. Jausaras, Nicolás R. y otro”, La Ley 27/03/2006, 9, La Ley 2006-B, 382

De igual modo que “el derecho del comprador a reclamar la devolución de una parte del precio equivalente a la desvalorización de la cosa afectada por vicios redhibitorios, se apreciará en función del costo de los trabajos que deben ser realizados para subsanar el vicio o defecto¹⁸²”. Otro tribunal sobre este supuesto expreso que “la acción *"quantum minoris"*, que tiende a la rebaja del precio en función del menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio (art.2174 Código Civil) comprende el resarcimiento de los costos originados en las reparaciones hechas para subsanar el vicio, ya que, en definitiva, ésta es la vía para compensar el desmedro de la cosa. En consecuencia, aunque se arguya que la pretensión sólo apuntó a tal reintegro, afirmándose que no se trata de una acción derivada de dichos vicios, sino de una resarcitoria de daños y perjuicios, se hace de aplicación al caso el art.4041 del Código Civil¹⁸³.

También se ha definido que “resulta procedente la acción *"quantum minoris"* incoada por el comprador de un inmueble debido a la existencia de vicios redhibitorios, ya que la entidad y calidad de los daños producto de los efluentes cloacales del vecino, sumado a los mecanismos empleados por el vendedor para aparentar la entrega de un inmueble en condiciones que cubrían revoques y revestimientos de madera —en el caso, trató de disimular los daños con nylon y brea—, acreditan la actitud reprochable del emplazado y su conocimiento respecto del vicio existente¹⁸⁴”.

Con relación al vendedor que se comportó de mala fe, su responsabilidad se limitará también a la restitución del precio proporcional abonado por el comprador. En otras palabras, se da una solución idéntica a la que corresponde aplicar en el supuesto en que hubiera actuado de buena fe.

La solución legal semejante para ambas hipótesis se explica a partir de presumir que la cosa aún defectuosa satisface el interés del acreedor que se verá resarcido con la compensación por el menor valor que debe recibir.

6.3.3.4. Posibilidad de renunciar a la garantía.

El principio de libertad para determinar el contenido de los contratos, permite a las partes que “de común acuerdo, puedan modificar, disminuir, ampliar o eliminar la garantía por vicios redhibitorios, pues impera el principio de la libertad de las convenciones¹⁸⁵”.

Sin embargo, “aún cuando los contratantes puedan renunciar a la garantía por vicios redhibitorios el principio cede no solo en caso de dolo del locador, sino también cuando la obligación tiene por objeto la vida y la integridad de las personas pues, median consideraciones de orden público¹⁸⁶”.

6.3.3.5. El plazo de prescripción.

¹⁸² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 07/11/2003, González, Roberto c. Sáez, Federico C., La Ley 2004-C, 497

¹⁸³ CC0100 SN 930671 RSD-09-94 S 15-2-1994, “Vallón E. Nicanor c/ Ciminari Pedro Enrique s/ Rescisión. Daños y Perjuicios”; CC0002 SM 50120 RSD-365-1 S 19-10-2001, “Marotta, Santina Felipa c/ Lumar S.R.L. s/ Daños y perjuicios” Juba on line.

¹⁸⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 15/11/2006, Maruelli, Andrea c. Durr, Manfredo y otra, JA 2007-I, 56.

¹⁸⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 17/06/1997, “Trobo, Daniel A. c. Chaia, Elías H.”, La Ley 1997-F, 494, Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - Editorial La Ley, 2002, 116, DJ 1998-1, 938

¹⁸⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 13/04/2007, “Green, Nicolás y otros c. Colle, Alicia C.”, DJ 2007-III, 481

La Corte de Justicia de Mendoza, en un reciente fallo deja pautas comunes para la prescripción civil y para la de origen comercial cuando marcó que “la regulación de los daños derivados de los vicios ocultos tanto en el Código Civil cuanto en el Código de Comercio responde a los siguientes caracteres: (I) la necesidad de concluir rápidamente con los conflictos entre comprador y vendedor; (II) Limitación de las acciones de daños y perjuicios que, de cualquier modo, son calificadas como accesorias por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁸⁷”. Ello por cuanto, “el plazo establecido en los arts. 4023, CCiv. y 473, CCom. es aplicable sólo a los supuestos en los que se reclama la rescisión o la disminución del precio por la existencia de vicios ocultos, pero no resulta aplicable si se requiere el cumplimiento del contrato, o el resarcimiento pertinente de ser ello imposible¹⁸⁸”.

6.3.3.5.1. El plazo del Código Civil.

El Código Civil, en el art. 4041, define que “se prescribe por tres meses, la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato de compra y venta; y la acción para que se baje del precio el menor valor por el vicio redhibitorio”.

La interpretación judicial entendió respecto del momento de inicio del cómputo del plazo que “para promover la acción de daños y perjuicios por vicios redhibitorios -en el caso, filtraciones en una construcción- debe computarse desde el momento en que el comitente descubrió la existencia de los vicios en la obra encomendada al demandado¹⁸⁹”. En igual sentido, se dijo que “el plazo de prescripción tres meses establecido para la acción redhibitoria -en el caso, en una compraventa inmobiliaria-, debe computarse desde la fecha en que el vicio es descubierto o se hizo aparente¹⁹⁰”.

También se ha ponderado que “la acción por vicios redhibitorios no se encuentra prescripta si fue entablada por la adquirente del inmueble dentro del plazo previsto por el art. 4041 del Cód. Civil, computado desde el momento en que solicitó los servicios de un arquitecto y tomó conocimiento de los vicios de construcción del bien, pues, si bien la propietaria ya había observado imperfecciones en la unidad, desconocía su magnitud¹⁹¹”.

En otras palabras, “en general, el término de prescripción del art. 4041 del Cód. Civil comienza desde que el comprador tuvo o pudo tener conocimiento de los vicios redhibitorios de la cosa¹⁹²”.

Por ello, “la determinación de si un vicio es oculto o aparente es tarea que incumbe al juzgador sobre la base de las cuestiones de hecho que se le plantean, no existiendo entre ellos una delimitación precisa y siendo así una cuestión de hecho la determinación de cuándo pertenecen a una u otra categoría¹⁹³”.

¹⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª, 08/08/2008, “Oil M&S S.A v. Banco Regional de Cuyo”, Lexis N° 1/70048810-3

¹⁸⁸ Fallo ídem.

¹⁸⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 10/09/2002, “Pagliaro, Juan C. c. Duarte, Humberto J.”, DJ 2003-I, 241; ED 201, 474

¹⁹⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6a Nominación de Córdoba, 26/08/2002, “Gangitano, Adriana A. c. Hurtado, Patricia y otra”, LLC 2003 (abril), 379; LLC 2003, 379.

¹⁹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 20/10/2006, “Montheil de Vilchez, Andrea V. c. Keyboard S.A.”, DJ 2007-I, 1088

¹⁹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 26/06/1984, “Providencia, Cía. de seguros c. Quilmes Inmobiliaria, S. A.”

¹⁹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6a Nominación de Córdoba, 26/08/2002, “Gangitano, Adriana A. c. Hurtado, Patricia y otra”, LLC 2003 (abril), 379; LLC 2003, 379.

6.3.3.5.2. El plazo del Código de Comercio.

Por su parte, Código de Comercio respondiendo a las particularidades propias del comercio, regula en el art. 473 que “las resultas de los vicios internos de la cosa vendida, que no pudieren percibirse por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, serán de cuenta del vendedor durante un plazo, cuya fijación quedará al arbitrio de los Tribunales, pero que nunca excederá de los seis meses siguientes al día de la entrega. Pasado ese término, queda el vendedor libre de toda responsabilidad a ese respecto”.

Como se colige este plazo es más amplio que el previsto para el ámbito civil pero su cómputo principia con la entrega de la cosa vendida, definiéndose con ello plazos ciertos para ejercer la acción con lo cual se hace prevalecer la seguridad y estabilidad de las transacciones comerciales.¹⁹⁴

El punto que genera críticas, es cuando se deja al arbitrio del juez la posibilidad de fijar un plazo menor a los seis meses.¹⁹⁵

Este artículo es interpretado por los tribunales cuando se dijo que “el plazo que establece el art. 473 del Cód. de Comercio tiene por finalidad liberar al vendedor de aquellos vicios redhibitorios percibidos luego de un período que podrá durar a lo sumo un semestre, a partir de la entrega de la cosa vendida¹⁹⁶”. Sin embargo el mismo fallo sostiene que “el término de prescripción de las eventuales acciones judiciales fundadas en materia de vicios redhibitorios de la cosa vendida es, en el sistema comercial, el de cuatro años previsto por el art. 847, inc. 3° del mismo ordenamiento legal, cuando se refiere a "... la acción de... rescisión de un acto jurídico comercial", y ello es obvio, porque de la existencia del vicio redhibitorio deriva la rescindibilidad de la compraventa por causa de la responsabilidad del vendedor, supuesto justamente abarcado por el art. 847 antes mencionado¹⁹⁷”.

Argeri, respecto de este tema comenta que “el Código de Comercio establece (art. 473) como término de prescripción el de 6 meses dentro del cual el adquirente se halla facultado para entablar la acción. Ese término comienza a correr, en principio, desde la entrega real de la cosa al adquirente y en ciertos casos desde el momento en que la misma pudo ser puesta en movimiento o se advierten los signos visibles del vicio imputado. Confrontando el dispositivo indicado con su similar del Código Civil que lo fija en término más breve, la diferencia aparece como relativa. Ello así porque la interpretación hace más flexible el término en tanto el órgano jurisdiccional, atendiendo las circunstancias propias de cada caso particular, esta facultado para precisar, dentro de aquel término, la diligencia en ejercitar la acción, las posibilidades tenidas para descubrir el vicio oculto, las gestiones que pudo realizarse y fijar su prescripción¹⁹⁸”.

También, Fernández emitió su comentario respecto del tema bajo tratamiento cuando expuso que “el art. 473, CCom. legisla sobre los vicios ocultos o internos, que en derecho se conocen como vicios redhibitorios, disponiendo que las resultas de los vicios internos de la cosa vendida, que no pudieren ser percibidos por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, serán de cuenta del vendedor durante un plazo, cuya fijación quedará al arbitrio de los tribunales, pero que nunca excederá de los seis meses siguientes a la entrega. Pasado ese término, queda el vendedor libre de toda responsabilidad a ese respecto. Es decir el Código de Comercio (art. 473) en lugar de establecer un plazo preciso, como el Código Civil, que fija tres meses, lo deja librado al arbitrio de los tribunales, determinando sólo el máximo: seis meses.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Gregorini Clusellas, Eduardo L., “Venta de inmueble con vicios de construcción. Responsabilidades del vendedor y del maestro mayor de obra”, La Ley 2006-B, 195 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 1033

¹⁹⁵ Wayar, Ernesto C., ob. cit., p. 184.

¹⁹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 31/07/1989, “Heinrichsdorff, Franco c. Estancias Aguas Dulces”, La Ley 1990-A, 38; DJ 1990-2, 101

¹⁹⁷ Fallo ídem.

¹⁹⁸ Argeri, Saúl A., “Compra venta mercantil y vicios redhibitorios”, La ley 1979-B, 1139.

¹⁹⁹ Fernández, Raymundo L. - Gómez Leo, Osvaldo R., ob. cit., p. 462 y sig.

Empero, continúa el autor citado, en nuestra tarea de estudio e interpretación de los textos legales que rigen la especie, consideramos que el alcance del precepto es el siguiente: el plazo legal es de seis meses, pero a pedido del vendedor -el comprador difícilmente accionará en tal sentido, pues tiene interés en la mayor amplitud- los tribunales, según la naturaleza de los efectos y demás circunstancias del caso, pueden fijar uno menor; en defecto de ocurrencia a los tribunales, el plazo es de seis meses, contado desde la entrega de las mercaderías. Se ha de entender que el plazo de marras es de prescripción y no de caducidad. Sólo resta señalar aquí que discrepamos con el criterio que impone al comprador que sospecha la existencia del vicio redhibitorio, la obligación de pedir a los tribunales que se fije el término dentro del cual puede accionar, pues de lo contrario pierde el derecho que le otorga el art. 473, CCom., ya que sólo podría reclamar, se dijo, dentro de los tres días que establece el art. 472, CCom., el cual, como vimos, contempla una situación distinta: existencia de vicios aparentes. El plazo que establece el art. 473 sólo puede empezar a correr después de vencido el término de duración de la garantía de buen funcionamiento del aparato vendido otorgada por el vendedor, pues la vigencia de la cláusula de garantía importa suspender el plazo de subsistencia de la acción, a menos que hubiera pacto expreso en contrario.²⁰⁰

6.3.3.5.3. El plazo de la Ley de Defensa del Consumidor.

El contenido de la ley de defensa de los consumidores converge con las leyes específicas del derecho comercial, por cuanto una de las actividades principales de los comerciantes se vincula con esta categoría de sujetos. A partir de ello, corresponde examinar la cuestión que se plantea ante la regulación de plazos de prescripción de las acciones diferenciados.

En ese sentido, específicamente el modificado art. 50²⁰¹ de la ley 24.240 prescribe actualmente que “las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Como se infiere, el nuevo texto ratifica el plazo de prescripción original pero adopta posición en defensa de los consumidores cuando otras leyes hayan fijado un plazo de prescripción diferente. En ese caso prevalece la más favorable a los consumidores.

En función de ello, el plazo del art. 473 del Código de Comercio no será de aplicación para neutralizar los derechos de los consumidores quedando evidentemente restringido, en su aplicación a los casos de comercialización entre comerciantes.

Ello es así por cuanto la modificación introducida por la ley 26.361 amplía la defensa e incluye a otros sujetos en la categoría de “consumidores” cuando regula, en el art. 1^o²⁰² que “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

²⁰⁰ Fernández, Raymundo L. - Gómez Leo, Osvaldo R., *ibídem*.

²⁰¹ Art. 23 de la Ley 26.361, sancionada 12/03/2008, promulgada parcialmente el 3/04/2008. El anterior art. 50 Ley 24.240 (Modificado) regulaba: Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.

²⁰² El anterior artículo regulaba: Art. 1^o Ley 24.240 (Modificado) — Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran 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: a) La adquisición o locación de cosas 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 persona indeterminadas.

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”.

A su vez, el reformulado art. 2²⁰³ describe que proveedor “es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

La doctrina judicial cuando analizó el tema juzgó que “es aplicable el plazo de prescripción previsto en el art. 4041 del Cód. Civil -3 meses- y no el del art. 50 de la ley de defensa del consumidor 24.240 -3 años- a la acción por vicios redhibitorios en el marco de un contrato de compraventa inmobiliaria²⁰⁴”.

En el mismo pronunciando, también se dijo que “la ley de defensa del consumidor 24.240 no contiene una regulación completa de los actos que puedan dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones, sino que trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente, siendo sus normas correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos y demás legislación vigente²⁰⁵”.

Este sumario, anterior la reforma introducida a la ley de defensa de los consumidores debería ser reformulado, dado que se amplió el ámbito protectorio.

Es por ello que, correctamente, “corresponde dejar sin efecto la sentencia que al admitir la excepción de prescripción opuesta por el demandado en una acción estimatoria por vicios redhibitorios y con fundamento en el art. 4040 del Cód. Civil, omitió considerar argumentos conducentes y centrales formulados por el actor respecto al encuadre de la relación jurídica en las previsiones de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) de defensa del consumidor y la aplicación o no del plazo de prescripción del art. 50 de dicha ley (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo)²⁰⁶”.

²⁰³ El anterior artículo regulaba: Art. 2 Ley 24.240 (Modificado) - Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

²⁰⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 18/07/2003, “Sanz, Sonia M. c. del Plata Propiedades S.A. y otro”, La Ley 2003-E, 341, La Ley 2003-E, 737; RCyS 2003, 662; JA 2004-II, 754.

²⁰⁵ Fallo ídem.

²⁰⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/09/2002, “Sanz, Sonia M. c. Del Plata Propiedades S.A.”, La Ley 2002-F, 731; DJ 2002-3, 866

6.3.3.6. Algunas hipótesis de reparación.

6.3.3.6.1. En la compra venta mercantil.

La normativa del Código de Comercio en el art. 472 estatuye que “cuando los géneros se entregaren en fardos o bajo cubiertas que impidan su examen y reconocimiento, podrá el comprador, en los 3 (tres) días inmediatos a la entrega, reclamar cualquier falta en la cantidad o vicio en la calidad; justificando, en el primer caso, que los cabos o extremidades de las piezas están intactas, y en el segundo, que los vicios o defectos no han podido suceder por caso fortuito, ni causarse fraudulentamente en su poder. El vendedor puede siempre exigir en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento íntegro, en calidad y cantidad, de los géneros que el comprador reciba, y en este caso no habrá lugar a dicha reclamación después de entregados”.

Esta norma está prevista para los vicios tangibles, fácilmente comprobables a primera vista o en una primera revisión de la mercadería transferida.

En cambio, cuando se trata de vicios ocultos el art. 473 establece que “las resultas de los vicios internos de la cosa vendida, que no pudieren percibirse por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, serán de cuenta del vendedor durante un plazo, cuya fijación quedará al arbitrio de los Tribunales, pero que nunca excederá de los seis meses siguientes al día de la entrega. Pasado ese término, queda el vendedor libre de toda responsabilidad a ese respecto”.

El mandato normativo, atendiendo a las particularidades del intercambio comercial, fija como pauta rectora que el plazo sea determinado por la jurisdicción pero poniendo como límite el plazo de seis meses. Es decir, se procura privilegiar la seguridad y dinámica del tráfico comercial.

Argeri enumera para la procedencia los siguientes presupuestos: 1. Defectos en el uso o goce; 2. Deben ser graves y ocultos, 3. No perceptibles al tiempo de la entrega y, 4. Inexistencia de convenio válido eximente de responsabilidad.²⁰⁷

Por su parte con relación al tema la doctrina judicial es clara cuando precisa que “en la compraventa comercial existe un término improrrogable para la comprobación del defecto constitutivo del vicio redhibitorio. Ese plazo, fijado por el art. 473 del Cód. de Comercio, tiene por finalidad liberar al vendedor de aquellos vicios redhibitorios advertidos luego de vencido ese período, que a lo sumo podrá durar un semestre²⁰⁸”.

También que “la prueba de testigos para determinar los vicios redhibitorios sólo será admisible en los supuestos en los cuales exista una circunstancia impositiva. Ello así, pues tratándose de una compraventa mercantil, la determinación de los vicios internos atribuidos a la cosa vendida tiene que ser hecha por peritos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 476 del Cód. de Comercio²⁰⁹”.

6.3.3.6.2. En la compra venta de inmuebles.

En términos generales, para toda clase de compra venta, el Código Civil regla, en el art. 2173, que “entre compradores y vendedores, no habiendo estipulación sobre los vicios redhibitorios, el vendedor debe sanear al comprador los vicios o defectos ocultos de la cosa aunque los ignore; pero no está obligado a responder por los vicios o defectos aparentes”. Para

²⁰⁷ Argeri, Saúl A., ob. cit. , p. 1139.

²⁰⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 19/12/1989, “Dover, S. A. c. Laise, José”, La Ley 1990-D, 18, DJ 1991-2, 966.

²⁰⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 29/05/1989, Plastina, S. A. c. Lonatex, S. A., La Ley 1989-E, 422; DJ 1990-1, 680

ello el artículo siguiente entiende que “el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, restituyéndole éste el precio pagado, o la acción para que se baje del precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio”.

Cuando comenta este articulado, Gregorini Clusellas, entiende que “el art. 2174 del Cód. Civil contempla sólo dos acciones ante situaciones como la planteada: La redhibitoria, de tipo resolutorio y la de *"quantum minoris"*, de disminución del precio. No niega a los compradores la posibilidad de exigir el exacto cumplimiento de las obligaciones del vendedor, cuando luego de entregada la cosa vendida, se descubran en ella defectos ocultos, que la hagan impropia para su destino o disminuyan de tal modo la utilidad para el comprador, que éste de haberlo sabido, no la habría adquirido o habría dado menos por ella (art. 2164, Cód. Civil). Esta responsabilidad existirá no mediando culpa del comprador, consistente en omitir la razonable diligencia exigida por el caso, con la cual, hubiese advertido los vicios. Si ello sucede se presumirá la renuncia tácita al reclamo, salvo pacto en contrario²¹⁰”.

Cuando los tribunales examinaron la denuncia de vicios ocultos en la venta de departamentos se entendió que “toda vez que la relación jurídica existente entre el consorcio de propietarios, cada propietario y la empresa que construyó y luego vendió las unidades funcionales de un edificio de propiedad horizontal debe ser encuadrada en el marco del contrato de compraventa, y no de locación de obra, la acción entablada contra la empresa vendedora a los fines del saneamiento de los vicios que padece el edificio, enmarcados en la obligación de garantía por vicios redhibitorios en favor de los adquirentes, prescribe en los términos del artículo 4041 del Código Civil, esto es, en el plazo de tres meses de conocidos los vicios ocultos²¹¹”.

En otro caso, se dijo que “aún cuando gran parte de los desperfectos del departamento objeto de la enajenación eran perfectamente advertibles con un examen cuidadoso, corresponde hacer lugar a la acción *"quantum minoris"* con el alcance del art. 2164 del Cód. Civil pues existen rubros que deben ser considerados como "vicios redhibitorios" -en el caso, la colocación de un piso de lajas en el balcón de la unidad que impedía el escurrimiento del agua de lluvia y provocaba filtraciones y el cableado que se dirigía del interior del departamento al balcón- pues su comprobación requería conocimientos técnicos de las reglas del arte de la construcción que no eran propios de la adquirente, de profesión abogada²¹²”.

También se definió que “resulta responsable la sociedad que vendió una vivienda prefabricada, por los vicios redhibitorios que detentaba el inmueble al haber insectos en las paredes, pues se encuentra acreditado que comercializó la casa sin efectuar en las maderas el tratamiento previo de inmunización, lo cual provocó que la actora y su familia se encontraran en grave peligro de derrumbe²¹³”.

En un tema similar se sostuvo que “las "polillas de madera" que dañaron los pisos y muebles del departamento que el actor compró al demandado revisten las características de un defecto oculto —en el caso, se admitió la demanda de daños y perjuicios por vicios redhibitorios—, puesto que el insecto en cuestión forma galerías dentro de la madera, sin salir a la superficie sino después de un cierto tiempo, cuando se metamorfosea con el fin de reproducirse²¹⁴”.

En esa sentencia se completa la idea reparadora cuando se indica que “si el inmueble

²¹⁰ Gregorini Clusellas, Eduardo L., “Venta de inmueble...”, ob. cit., págs. 195 y 1033.

²¹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 01/06/2007, “Consortio de Prop. Avenida del Libertador 5624 c. ECMA S.R.L.”, DJ 05/03/2008, 536; - DJ 2008-I, 536, La Ley 28/04/2008, 6, La Ley 2008-C, 180, ED 226, 421

²¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 27/05/2005, “De Gall Melo, Lucrecia c. Saw, Patricio B.”, DJ 2005-2, 1094.

²¹³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 12/10/2004, “Clavel, Marta G. c. Viviendas Rolón de Siteca S.R.L.”, DJ 2005-3, 150

²¹⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 16/08/2006, “Rivera, Raúl E. c. Pérez Rovetta, Susana G.”, DJ 01/11/2006, 655; La Ley 20/11/2006, 9; La Ley 2006-F, 500; DJ 06/12/2006, 994; La Ley 21/12/2006, 4, La Ley 2007-A, 192; DJ 2007-I, 449; ED 222, 185; RCyS 2007, 631

comprado por el actor fue dañado, al poco tiempo de haber entrado en posesión, por la existencia de "polillas de madera", debe considerarse que el vendedor concretó la operación ocultando sus vicios —en el caso, se admitió la demanda de daños y perjuicios por vicios redhibitorios—, pues el hecho de que hubiese polillas en el ambiente no implica necesariamente que pueda sospecharse la existencia de una colonia que invadirá todo elemento de madera, sobre todo para alguien que visita el bien interesado en su adquisición y que pone su atención, principalmente, en su estado general, omitiendo efectuar una inspección técnica acabada²¹⁵”.

Para completar el panorama cuadra transcribir, por su amplitud resarcitoria, el fallo que ponderó que “debe admitirse la indemnización por daño moral pretendida por el comprador de un inmueble antiguo que interpuso una acción de reducción del precio de compra de aquél en atención a las reparaciones que debió efectuar por vicios redhibitorios de la cosa vendida, toda vez que el vendedor obró de mala fe, ya que sabía o debía saber que con la precaria reparación del inmueble unida a la oferta de haberlo hecho "a nuevo" tentaría a los interesados, pudiendo sorprender a alguno en su buena fe²¹⁶”.

6.3.3.6.3. En la compraventa de automotores

En la compra venta de automotores, “la responsabilidad del vendedor frente al adquirente por los vicios redhibitorios que tenga la cosa vendida se origina en la presunción legal que emana del art. 2176 del Cód. Civil, la cual impide producir pruebas para acreditar la ignorancia del vicio, la legitimidad de la ignorancia o la imposibilidad de descubrirlo²¹⁷”.

En función de ello se ha entendido que “el concesionario que vendió un rodado y el fabricante son responsables solidariamente por los vicios redhibitorios que lo afecten -en el caso, fallas en la instalación eléctrica que le impiden cumplir su destino-, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran corresponder entre ellos²¹⁸”.

Sin embargo se ha distinguido para un correcto encuadre legal del caso que cuando “el adquirente de un automotor por permuta, que se vio privado del rodado por estar el número de motor alterado o modificado, debe fundar su pretensión de resolver el contrato en el incumplimiento de la garantía de evicción, y no en la existencia de vicios redhibitorios, toda vez que aquél vio afectado el derecho que le fuera cedido por la desposesión o turbación padecida²¹⁹”.

6.3.3.6.4. En la compra venta de motocicleta.

En la compra venta de motocicletas, en particular se apreció que “es procedente el reclamo por vicio redhibitorios intentado por el adquirente de una moto si ha podido acreditarse - en el

²¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 16/08/2006, “Rivera, Raúl E. c. Pérez Rovetta, Susana G.”, DJ 01/11/2006, 655; La Ley 20/11/2006, 9; La Ley 2006-F, 500; DJ 06/12/2006, 994; La Ley 21/12/2006, 4, La Ley 2007-A, 192; DJ 2007-I, 449; ED 222, 185; RCyS 2007, 631

²¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 07/11/2003, “González, Roberto c. Sáez, Federico C.”, La Ley 2004-C, 497

²¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro”, La Ley 2001-B, 839; DJ 2001-2, 345

²¹⁸ Fallo ídem.

²¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías en lo Penal de Necochea, 28/08/2003, “Pacheco, Eduardo S. c. Juárez de Argel, Mónica P. y otros”, LLBA 2004, 208. Es por ello que se resolvió en este caso que “debe aplicarse el régimen común de prescripción decenal -art. 4023, Cód. Civil- a la acción de garantía derivada de la evicción en virtud de la cual se intenta resolver un contrato de permuta, toda vez que la ley no estableció un plazo especial para dicho supuesto”.

caso, a través del informe del perito mecánico- que al momento de la celebración del contrato de compraventa la misma padecía de un defecto grave de origen que alteraba su funcionamiento y que se hallaba oculto, aún cuando dicho contrato no contara con garantía al respecto²²⁰”.

6.3.3.6.5. En la compraventa de software.

Los tribunales han tenido oportunidad de examinar las consecuencias derivadas de la venta de “software”. En ese sentido se ha ponderado que “surgido el conflicto con relación a la calidad de las mercaderías -en el caso, "software"- vendidas y habiendo sido éstas recibidas por el comprador, la carga de la prueba de aquel extremo incumbe al adquirente, debiendo en el caso de vicios redhibitorios producir la pericia técnica del art. 476 del Cód. de Comercio²²¹”.

En otras palabras, “es improcedente la defensa opuesta por el demandado que afirma que el "software" que le habría vendido el actor adolecía de falta de operatividad, ya que tratándose de vicios redhibitorios debió haber producido la pericia técnica a del art. 476 del Cód. de Comercio, por lo cual deviene imposible determinar si el producto vendido y entregado era apto para el fin que había sido requerido²²²”. Ello por cuanto, “es de toda obviedad que no pudo conocerse su calidad hasta que estuvo instalado y se intentó operarlo, por lo que parece razonable encuadrar como vicios redhibitorios el reclamo relativo a su falta de operatividad²²³”.

6.3.3.6.6. En la locación de obra

El Código Civil, en el art. 1646, regula que “tratándose de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, recibidos por el que los encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si ésta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales, haya o no el constructor proveído éstos o hecho la obra en terreno del locatario. Para que sea aplicable la responsabilidad, deberá producirse la ruina dentro de los diez años de recibida la obra y el plazo de prescripción de la acción será de un año a contar del tiempo en que se produjo aquélla²²⁴”.

A su vez, el artículo siguiente completa que “los empresarios constructores son responsables, por la inobservancia de las disposiciones municipales o policiales, de todo daño que causen a los vecinos”.

Por otra parte, en el art. 1647 bis fija que “recibida la obra, el empresario quedará libre por los vicios aparentes, y no podrá luego oponérsele la falta de conformidad del trabajo con lo estipulado. Este principio no regirá cuando la diferencia no pudo ser advertida en el momento de la entrega, o los defectos eran ocultos. En este caso, tendrá el dueño sesenta días para denunciarlos a partir de su descubrimiento”.

La diferente regulación establecida ha sido tenida en cuenta por los tribunales cuando precisaron que “la ruina total o parcial de una cosa —en el caso, inmueble— tiene origen en la existencia de un vicio oculto, pero la normativa referida a los vicios redhibitorios en la compraventa, al igual que los regulados por el art. 1647 bis en materia de locación de obra,

²²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 01/09/2000, “Sanz Julio Ricardo c. Chin Chin Sheng”

²²¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 17/10/2003, “Informix Software Argentina S.A. c. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.”, La Ley 2004-D, 300

²²² Fallo ídem.

²²³ Fallo ídem.

²²⁴ El artículo se completa: “La responsabilidad que este artículo impone se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren competir. No será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por una ruina total o parcial”.

tienen como fundamento el interés particular de los compradores o del dueño de la obra, en cambio los originados en aquélla se fundan en razones de seguridad pública²²⁵”.

Por ello se decidió que “es procedente la demanda por vicios redhibitorios iniciada contra la empresa constructora del edificio ante la caída de un balcón - en el caso, produjo la muerte de personas - toda vez que fue acreditado que se trató de una falla estructural por defectos de construcción, existente a la época de la compraventa de las unidades, revistiendo en consecuencia la calidad de vicio oculto²²⁶”. Ello en razón de que “las consecuencias de los vicios redhibitorios deben ser soportadas por el garante-vendedor - en el caso, empresa constructora por la caída de un balcón- si los defectos son ocultos, importantes y existentes al momento de consumarse la venta²²⁷”.

En ese fallo se profundizó el análisis de la conducta de las partes y se llegó a la conclusión de que “en el marco de un acción por vicios redhibitorios iniciada por propietarios de un edificio contra la empresa constructora por la caída de un balcón del inmueble, corresponde considerar de mala fe la conducta de los integrantes de la accionada si por su profesión u oficio, conocieron o debieron conocer la existencia del vicio y no lo manifestaron a los compradores²²⁸”.

Con relación al punto Gregorini Clusellas recuerda que “hay discrepancias sobre si resulta procedente o no, la aplicación del régimen de los vicios redhibitorios de los arts. 2164 y siguientes del Cód. Civil a reclamos por locación de obra. En todos los casos se reconoce que la acción de "quanti minoris", está expresamente excluida para dichos reclamos, por expresa disposición del art. 2172 del Cód. Civil. Quienes sostienen la procedencia de la acción redhibitoria consideran que al locador le corresponde la responsabilidad por los "defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella, que de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido o habría dado menos por ella" (art. 2164, Cód. Civil)²²⁹”.

A su vez, continúa el autor, quienes niegan la procedencia de la acción afirman que no corresponde dicha acción al locatario, porque éste no tiene por objeto comprar ni el locador transmitir dominio, uso o goce sobre la cosa y por otra parte el art. 2180 Cód. Civil, en los supuestos de "adquisiciones" que enumera, no contempla la locación de obra. La disquisición tiene alcance restrictivo, pues comprende sólo la acción redhibitoria propiamente dicha y no a la de reducción de precio, quedando circumscripita al caso en que el locador aporte la materia, pues de lo contrario resultaría muy forzado hablar de transmisión de dominio uso o goce.²³⁰

Ello es así por cuanto “el locador de obra responde por la mala calidad o inapropiado de los materiales empleados, si no advirtió oportunamente al dueño de esta circunstancia, y ésta es una obligación de resultado que en caso de daño genera una responsabilidad objetiva. Ante ella resulta irrelevante acreditar su culpa, pues inversamente sería a su cargo demostrar que efectuó la comunicación al propietario en tiempo y forma²³¹”.

²²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 12/12/2006, “Dodero Torres S.A. c. Roentgen S.A.”, RCyS 2007, 893

²²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 30/06/2000, “Marini, José A. y otra c. Consorcio Atica, I S.R.L.”

²²⁷ Fallo Ídem.

²²⁸ Fallo ídem.

²²⁹ Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El régimen de los vicios en la locación de obra”, LLLitoral 2003 (abril), 284. El autor recuerda que sostienen el criterio afirmativo entre otros, Ghersi, Garrido y Andorno. Niegan la procedencia entre otros, Spota, Borda, fallo de la CNCiv., sala A, La Ley, 1997-F, 233; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "Locación de obra", ob. cit. p. 110, N° 72.

²³⁰ Ibídem

²³¹ Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La responsabilidad del locador de obra por vicios del material y la validez de una cláusula especial restrictiva”, La Ley 1991-D, 131 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 1037

6.3.3.6.7. En la locación de cosas

En la locación de cosas, el Código Civil reglamenta en el art. 1525 que “el locador responde de los vicios o defectos graves de la cosa arrendada que impidieran el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido, o hubiesen sobrevenido en el curso de la locación, y el locatario puede pedir la disminución del precio, o la rescisión del contrato, salvo si hubiese conocido los vicios o defectos de la cosa”. En el siguiente, estipula que “el locador responde igualmente de los impedimentos que se opongan al locatario para el uso o goce de la cosa arrendada, aunque sean por fuerza mayor, o por acciones de terceros, en los límites de sus derechos”.

Respecto de la figura se juzgó que “el art. 1525 del Cód. Civil, en cuanto faculta al locatario a ejercer la acción judicial por vicios redhibitorios, no debe interpretarse como que exige la imposibilidad total de habitar, pues bastan las molestias que hagan desagradable el uso de la cosa -en el caso, existencia de una boca o cámara de inspección cloacal debajo del dormitorio, descubierta sorpresivamente por sus emanaciones olorosas- o impidan su uso normal²³²”.

En ese caso, se declaró que “es improcedente el reclamo a título de daño moral formulado por el locatario que promovió una acción por vicios redhibitorios en los términos del art. 1525 del Cód. Civil y resultó vencedor porque se probó que no había sido advertido, al rentar la propiedad, de la existencia de una boca o cámara de inspección cloacal debajo del dormitorio - en el caso, tapada por una alfombra pegada al piso-, la que descubrió posteriormente debido a sus emanaciones fétidas, pues tal situación no reviste la honda perturbación que se requiere para la configuración del citado daño, cuya interpretación debe ser restrictiva en materia contractual - art. 522, Cód. Civil-²³³”.

Por otra parte, resulta importante para la aplicación del saneamiento, el conocimiento que se tenga o deba tenerse de los vicios que se denuncian.

En ese sentido, se ha entendido que “el art. 1525 del Cód. Civil, al excluir de la garantía por vicios redhibitorios cuando el locatario hubiese conocido los vicios o defectos de la cosa, admite la renuncia tácita de aquélla²³⁴”.

En el mismo sentido, se declaró que “es improcedente la demanda por los daños y perjuicios derivados de los vicios redhibitorios que el actor sostuvo le impidieron efectivizar el contrato de locación al no poder obtener la habilitación municipal para destinar el predio como playa de estacionamiento, pues, el actor no sólo conocía la existencia de otra explotación comercial en dicho predio al tiempo de la firma del contrato, sino que además se informó sobre los recaudos necesarios para obtener la habilitación, por ello el fracaso de las gestiones no podía ser un hecho oculto que permita calificar el presunto vicio como redhibitorio²³⁵”.

6.3.3.6.8. En la transferencia del fondo de comercio.

Dentro del marco de lo estrictamente comercial la jurisprudencia se ha pronunciado sosteniendo que “resultó ajustada a derecho la conducta del comprador de un fondo de comercio

²³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 15/10/2003, “Del Cerro, Sandra B. c. Kutchal, Alicia B.”, DJ 2004-1, 288; ED 207, 102

²³³ Fallo ídem.

²³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 17/06/1997, “Trobo, “Daniel A. c. Chaia, Elías H.”, La Ley 1997-F, 494 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - Editorial La Ley, 2002, 116; DJ 1998-1, 938.

²³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 27/10/2006, “Rizzo, Horacio F. c. Moltanto, Antonio”, DJ 2007-II, 55

que resolvió el contrato debido a que no pudo conseguir la habilitación administrativa para la normal y legal explotación del local adquirido —en el caso, se fraguó una falsa habilitación para lograr la venta—, ya que aquella imposibilidad constituyó una anomalía grave y determinante, toda vez que impidió y truncó el negocio que iba a emprender, máxime cuando la posibilidad de rescindir el contrato o ejercer la acción "*quantum minoris*" ante la existencia de vicios redhibitorios, es una opción privativa del actor perjudicado²³⁶".

En este caso, más que un vicio oculto, existía, en la terminología del art. 931 del Código Civil, una acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, al fraguar una autorización no acordada por la autoridad administrativa, de allí que es correcta la resolución del contrato propuesta por el damnificado.

6.3.3.6.9. En la cesión de derechos.

En principio se ha definido que "los cedentes no pueden brindar garantía por vicios redhibitorios, porque el vicio es un defecto de la cosa y mediante el contrato de cesión no se transmiten cosas sino derechos²³⁷".

Sin embargo, "si la demandada por vicios redhibitorios se dirige contra los cedentes de un boleto de compraventa, quienes no alegaron la falta de legitimación, la circunstancia de que se haya citado al vendedor en los términos del art. 94 del Cód. Procesal (Adla, XXVIII-C, 3960), ha producido una suerte de saneamiento del proceso, incorporándose a éste al único legitimado pasivo frente a la acción incoada, y la conclusión de la Cámara que en el caso se está frente a un litis consorcio necesario debe mantenerse, ya que la única sentencia válida que hubiera podido dictarse lo era contra el vendedor de cuya actuación no podía prescindirse (art. 89, Cód. Procesal)²³⁸".

7. Reflexiones finales.

Esta breve reseña por el ámbito de incumbencia de la responsabilidad post contractual permite discernir la paulatina ampliación del campo resarcitorio de la responsabilidad contractual, al igual que acontece en la aquiliana, al incluir hipótesis impensadas al tiempo de la codificación.

Para llegar a este estadio normativo se debe destacar la importante influencia que ha tenido la moderna hermenéutica de los principios de buena fe y de no dañar que han resaltado en el campo obligacional la importancia de los deberes secundarios de conducta cuya trasgresión puede generar daño y, a partir de ello, el deber de compensar los mismos.

La responsabilidad post contractual es, en definitiva, un aporte más del Derecho a la moralización de las conductas humanas en sociedad.

²³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 04/09/2007, "Espelt, Mariano Sergio c. Balestra de Parra, Virginia y otro", La Ley Online

²³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 28/05/1985, "Larrosa, Julio C. y otra c. Eusebio, Manuel F. y otros", Ac. 33.709, La Ley 1986-A, 600

²³⁸ Fallo ídem.