

LA COMPLICIDAD DE UN TERCERO
EN LA FRUSTRACION DEL CONTRATO

1. Los fallos anotados	93
A) Primera instancia	93
B) Segunda instancia	109
2. Los efectos relativos del contrato	129
A) El derecho subjetivo	129
B) La relación obligacional	130
C) El contrato	134
3. La protección aquiliana del contrato	138
A) Los presupuestos	139
B) La culpa	139
4. Violación del deber genérico de abstención	141
A) Actos que afectan la persona	142
B) Actos que afectan la propiedad	143
C) Actos que afectan el crédito	145
5. La inducción al incumplimiento	148
A) Derecho penal	148
B) Derecho civil	149
6. Complicidad o colusión en el incumplimiento	149
7. Los hechos inductivos	150
A) Los contratos	151
B) La nulidad	151
8. La responsabilidad del tercero	151
A) Ambas contractuales	152
B) Ambas extracontractuales	152
C) Responsabilidades de naturaleza diversa	153
D) Solidaridad imperfecta o <i>in solidum</i>	153
E) Limitaciones a la responsabilidad contractual	154
9. El caso de autos	155
A) La decisión del Juez de Primera Instancia	156
B) La decisión de la Sala	158
10. Ofrecimiento a un tercero del inmueble ya vendido	158
A) ¿Contractual o aquiliana?	159
B) Los deberes post contractuales	159
11. Los deberes del corredor inmobiliario	160
A) El conocimiento de la situación	160
B) Culpa y dolo	160

LA COMPLICIDAD DE UN TERCERO EN LA FRUSTRACION DEL CONTRATO

L'idée qu'une société serait constituée d'une somme de relations interindividuelles... n'est plus tenable.

H. BATIFFOL, *La "crise du contrat" et sa portée*, en "Arch. philosophie du droit", 1968, p. 27.

SUMARIO: 1. Los fallos anotados. A) Primera instancia. B) Segunda instancia. 2. Los efectos relativos del contrato. A) El derecho subjetivo. B) La relación obligacional. C) El contrato. 3. La protección aquiliana del contrato. A) Los presupuestos. B) La culpa. 4. Violación del deber genérico de abstención. A) Actos que afectan la persona. B) Actos que afectan la propiedad. C) Actos que afectan el crédito. 5. La inducción al incumplimiento. A) Derecho penal. B) Derecho civil. 6. Complicidad o colusión en el incumplimiento. 7. Los hechos inductivos. A) Los contratos. B) La nulidad. 8. La responsabilidad del tercero. A) Ambas contractuales. B) Ambas extracontractuales. C) Responsabilidades de naturaleza diversa. D) Solidaridad imperfecta o *in solidum*. E) Limitaciones de la responsabilidad contractual. 9. El caso de autos. A) La decisión del Juez de Primera Instancia. B) La decisión de la Sala. 10. Ofrecimiento a un tercero del inmueble ya vendido. A) ¿Contractual o aquiliana? B) Los deberes post contractuales. 11. Los deberes del corredor inmobiliario. A) El conocimiento de la situación. B) Culpa y dolo.

1. LOS FALLOS ANOTADOS

A) Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Décima Nominación.

Rosario, 13 de setiembre de 1979.

AUTOS y VISTOS:

Los caratulados: "Girardi Angel Fernando c/ Establecimiento *El 51* y otro s/ Daños y Perjuicios", expediente N° 2309/72, venidos para dictar resolución, y de los que resulta:

1) Que por apoderado, el actor, de acuerdo al artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial, interpone esta demanda, entablado en forma conjunta y subsidiaria:

- a) Acción de indemnización de daños y perjuicios, por incumplimiento contractual contra Establecimiento "El 51", y
- b) Acción de daños y perjuicios contra "Elizalde, Lanusse y Cía." por incumplimiento de sus obligaciones como corredor intermediario en la operación de compraventa entre el actor y Establecimiento "El 51".

Que el monto de los daños y perjuicios que se demanda contra ambos accionados es del orden de los 250.000 pesos.

Que igualmente para el caso de no tenerse por formalizado el contrato de compraventa entre el actor y Establecimiento "El 51", demanda por daños y per-

juicios emergentes de los artículos 1720, 43, 1109 del Código Civil y 33 inciso 3º, 96, 98, 110 y concordantes del Código de Comercio y estimando por este concepto de daños la suma de 250.000 pesos.

Señala la parte actora que a fines de julio de 1971, el señor Rubén Héctor Monti le ofreció en nombre de "Elizalde, Lanusse y Cía. S. A." en venta, el establecimiento de campo denominado "El 51", propiedad ubicada en la zona rural de María Susana, de esta provincia.

Que el campo fue visitado por el señor Armando Dalesio en representación del actor, el representante de Elizalde, Lanusse S. A. señor Monti y con el señor José Duncan, socio gerente de la firma "Establecimiento *El 51* S. C. A."

Que posteriormente el campo fue visitado y revisado por el actor con los señores Adolfo Oscar Pastore, Mario Barabucci, José Fenoglio y Armando Dalisio, siendo atendidos por el mismo señor José Duncan.

Cumplida esta primera etapa, el actor se entrevistó en Buenos Aires en las oficinas de "Elizalde, Lanusse y Cía." con el señor Hernán Echeverría y el señor Héctor Zanetta, ambos de la sociedad propietaria del campo, y Roberto Félix Elizalde, de la firma intermediaria.

Que habiéndose arribado a un acuerdo, quedó convenido que la firma Elizalde, Lanusse y Cía. enviaría una carta al actor confirmando lo acordado y con la notificación de la firma titular del campo.

Que la carta fue enviada obrando en fotocopia agregada a los autos "Girardi Angel - Aseguramiento de prueba", glosados a los presentes por cuerda y también se acompañó copia de la carta que enviara el Sr. Hernán Echeverría dueño del campo "El 51" a "Elizalde,

Lanusse y Cía”, obrante a fojas 37/38 de los autos indicados.

Que no obstante ello, no se concreta lo convenido y ante maniobras dilatorias por parte de los propietarios del campo, el actor envía telegrama en fecha 27/9/71 intimando suscribir el boleto en las condiciones pactadas, telegrama que es rechazado.

Que con posterioridad a estos hechos, llegó a conocimiento del actor en esta demanda, que por intermedio de la firma Elizalde, Lanusse y Cía. en sus oficinas de Rosario, el campo en cuestión fue vendido a los señores Supervielle, redactándose el convenio en papel de la misma firma, Elizalde, Lanusse y Cía.

2) Que a fojas 22, produce su defensa Elizalde, Lanusse y Cía. contestando la demanda cuyo rechazo solicita, manifestando que la misma se funda en un contrato de corretaje o de intermediación tendiente a la formalización de otro contrato, entrando la demanda en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Niega los hechos en que se funda la acción, reconociendo su intervención como intermediario entre el actor y la demandada, Establecimiento El 51 S.C.A., e igualmente que hubiera actuado con dolo o culpa incurriendo en violación de los artículos 33 inciso 3º, 96, 98, 110 del Código de Comercio o siendo responsable por cualquier otro motivo.

Que del texto mismo de las cartas mencionadas por la actora, surge que con su actuación acercó a las partes, las que no llegaron a un acuerdo sobre el precio de venta, no aceptándose su intermediación para sanjar sobre la diferencia entre lo pedido y lo ofrecido como precio.

Que con la reunión del 24/9/71, quedó agotada su intervención como corredor, ya que la conclusión del

contrato como su ejecución era sólo de resorte de las otras partes, y si el negocio no se concretó fue por su culpa o dolo.

Niega haber intervenido como intermediario luego de haber actuado con el actor para la venta del campo, a los Supervielle y que si bien se redactó un convenio en su oficina, el mismo no fue hecho por Roberto Félix Elizalde, ni por la firma.

Señala que si recibió alguna retribución por parte de "Establecimiento El 51", lo fue por su actuación en la operación con la parte actora y como un derecho por el fracaso de la operación no imputable a su parte.

Niega responsabilidad por no haber guardado la correspondencia dirigida por Echeverría y donde figuraban las condiciones de la venta con el actor señalando que por imperio del decreto 4777/63, sólo se registran copias o fotocopias y que en autos reconoció las copias que señala la actora, razón por la que tal violación a normas legales no se configura.

Que su accionar no está reñido con los artículos 96, 98, 110 del Código de Comercio, no siéndole imputable responsabilidad por falta de diligencia en su actuar.

Reitera haber actuado solamente como intermediario y no como mandatario o comisionista y cualquier solidaridad por los daños reclamados.

3) A fojas 34 contesta "Establecimiento El 51" el traslado de demanda que le fuera corrido, negando los hechos; consecuentemente niega haber incurrido en responsabilidad contractual alguna y menos extracontractual.

Admite que el actor estuvo interesado en el campo y que con tal motivo realizara algunas tratativas, como visitas al campo y la reunión en las oficinas de Elizalde,

Lanusse y Cía. en Buenos Aires, con la concurrencia de los Sres. Hernán Echeverría y José Zanetta, socios del "El 51 S.C.A."

Que en dicha oportunidad, se hizo saber al actor que la firma Elizalde, Lanusse y Cía. estaba autorizada para la venta del campo en la suma de \$ 800 la Ha., o sea un valor total de \$ 1.320.000 y que el actor ofreció un pago de \$ 990.000, parte al contado y el resto en tres años, terminando sin llegar a un acuerdo.

Que reconoce que el actor en una conversación telefónica con el Sr. Echeverría, éste le manifestó que los socios había prestado verbalmente su consentimiento para que le efectuara una última oferta con carácter de inamovible y por una suma de pesos 1.250.000 con el plazo de tres años como quería el actor.

Señala que fuera del reconocimiento de la carta en su fotocopia que pueda hacer o no Echeverría, ella (la carta) carece de toda relevancia, por cuanto sí resulta de importancia reconocer el precio y condiciones de venta que figuran en la misma, y que eran las acordadas por todos los socios de la demandada. Acepta una coincidencia con la parte actora cuando ésta afirma que de las aludidas notas se desprende que el acuerdo de voluntades existió y que todos los aspectos de la operación estaban cubiertos en lo que se refiere a parte, objeto vendido, precio.

Con relación al carácter de "parte", entiende que no surge de las notas mencionadas en la demanda sino porque reconoce expresamente que el día 24 de setiembre de 1971, los señores Echeverría y Duncan concurren a las oficinas de Elizalde, Lanusse y Cía. en Rosario, y como socios de esta parte y para concretar con el actor la operación de venta, la que se realizaría en las condiciones expuestas en la demanda.

Respecto al "objeto vendido" rebate, las apreciaciones del actor referentes al área que debía entregarse en tenencia precaria y a lo que se estipuló en la nota que claramente establecía forma de pago.

En lo relativo al precio, señala que era de \$ 1.250.000 y que el actor ofreció sólo \$ 1.150.000, haciéndosele saber que su intransigencia le hiciera perder la oportunidad de concluir la operación.

Igualmente detalla en qué forma se realiza la operación con los Supervielle, a quienes como posibles adquirentes desconocían a la fecha y hora de estar reunidos con el actor.

Se expresa que no se ha demostrado la existencia del daño invocado y que no existió responsabilidad de su parte ni culpa contractual alguna como lo pretende la actora.

Que abierta la causa a prueba, las partes ofrecen las que obran en autos, rendidas las mismas, se alega llamándose autos para sentencia, decreto que queda firme y consentido en todas sus partes.

Y CONSIDERANDO:

1) La existencia de dos demandas no situadas en idéntica posición con respecto a las acciones deducidas por el actor, obliga a considerar separadamente el eventual progreso de la demanda con respecto a cada uno de ellos.

Analizaré en primer término la relación jurídica procesal trabada entre el actor y la propietaria del campo para dilucidar si hubo existencia de contrato de compraventa perfeccionado entre dichas partes, en tal caso a quién se debe imputar el incumplimiento para determinar los daños y perjuicios y para el caso de ser negativa la respuesta al punto primero, determinar si

existió responsabilidad extracontractual de la demandada de orden precontractual.

Un análisis de las actuaciones me lleva a la última conclusión de que el contrato de compraventa invocado por la actora llegó a perfeccionarse, surtiendo para las partes los efectos del artículo 1197 del Código Civil, encontrando primordial apoyo en las cartas cuyas copias obran a fojas 36, 37 y 38 del expediente glosado por cuerda sobre aseguramiento de prueba.

Que ha quedado aceptado que hubo tratativas para la compra del campo "El 51" entre el actor y su propietaria demandada y ello a través de la actuación de Elizalde, Lanusse y Cía. y que por ello, esta última envió al actor las cartas que menciona y en copia están en autos.

Que con la carta dirigida por Elizalde, Lanusse y Cía. al actor, que lleva fecha 16/9/71, reconocida por Roberto Félix Elizalde a fojas 35 del expediente de aseguramiento de prueba, se adjunta fotocopia de la carta que Echeverría por Establecimiento El 51 S.C.A. suscribiera "confirmando las condiciones convenidas con Ud. telefónicamente en el día de ayer sobre la venta del campo del rubro".

Que en esta carta aceptada por la demandada en su responde de fojas 37/38 del expediente de aseguramiento de prueba y ratificado a fojas 35 vuelta de los principales, su firmante expresa: "Tengo el agrado de dirigirme a Ud. con el objeto de confirmarle lo conversado ayer telefónicamente desde Mar del Plata sobre la venta del campo del rubro al Dr. Angel F. Girardi. La conformidad prestada a la misma la efectué de acuerdo con la autorización verbal dada a mí, por los demás integrantes de 'El 51 S.C.A.', por lo que para finiquitar dicha operación y firmar el correspondiente boleto de compra-

venta, me trasladaré expresamente a Rosario el día lunes 20 del corriente a los efectos de la ratificación por escrito de los mismos". A continuación se señalan las condiciones pactadas es decir, precio y forma de pago, curso y tasa de los intereses, ratificándose que la firma destinataria es la única interviniente por ambas partes en la operación.

Estos elementos probatorios configuran un principio de prueba por escrito (art. 1192 ap. 2º del C. Civil) que unido al mismo reconocimiento que Establecimiento "El 51" efectúa a fojas 35 vuelta (letra mayúscula) de estos autos, llevan al ánimo del proveyente la convicción de que el acuerdo de voluntades se perfeccionó al encontrarse en el tiempo la oferta de compra hecha por el actor en su conversación telefónica reconocida a fojas 35 con la aceptación que formula Establecimiento "El 51" en su carta a Elizalde, Lanusse y Cía. cuyo texto obra a fojas 37/8 de los autos de aseguramiento de prueba.

Es de aplicación al caso, la norma del artículo 1188 del Código Civil que establece "que los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior".

Dado el carácter consensual y no formal de la compraventa, la firma del boleto en el que se establecen las condiciones de la operación y lo referente a la obligación de escriturar, no constituye óbice para la validez y eficacia del acto, siempre que, como en el caso, se prueba su existencia por otros elementos probatorios fehacientes, ya que habiendo principio de prueba por escrito, no entra a funcionar la regla del artículo 1191 primera parte del Código Civil, sino lo que dispone su última parte.

No asiste razón, a mi criterio, a Establecimiento El 51 S.C.A., cuando no obstante reconocer la existencia de un acuerdo previo sobre el precio, forma de pago y demás condiciones de la compraventa del inmueble objeto de las conversaciones preliminares, niega relevancia jurídica a tal hecho.

Se hace menester no confundir a este respecto la existencia del "acuerdo" en sí mismo con su "instrumentación", que no necesariamente debe constar en el llamado boleto de compraventa, generalmente previo a la escritura.

Ningún problema de representación o personería puede por otra parte enervar la validez del acuerdo contractual a que me refiero, en razón que la demandada "Establecimiento El 51 S.C.A.", manifiesta a fojas 31 vuelta, escrito de contestación de demanda, que las condiciones contractuales contenidas en la carta enviada a Elizalde, Lanusse y Cía en su calidad de intermediario de la operación "eran las que se acordaban a todos los socios para que se realizara la operación con el Dr. Girardi".

2) Toca ahora entrar a determinar a quien corresponde la responsabilidad por la no culminación del acuerdo en la firma del boleto privado y/o de la correspondiente escritura de transferencia de dominio.

Con relación a este tópicó, también de importancia para la decisión de la litis, existen posturas diametralmente opuestas entre las partes. Mientras que la actora sostiene que la vendedora después de entretenerlo con dilaciones, resolvió por sí misma rescindir el acuerdo y firmar boleto con los Supervielle, la demandada por su parte sostiene que fue el actor quien se negó a pagar el precio convenido en la reunión realizada en

la oficina Rosario de Elizalde, Lanusse y Cía. el día 24 de setiembre de 1971.

La demandada no ha arrimado a los autos probanzas decisivas que acrediten esa exigencia del actor contraria al acuerdo cuya demostración le incumbe por ser hecho extintivo del derecho invocado por la contraria.

Que el testimonio de Angel Antonio Budacci (fs. 63/64) única persona asistente a la reunión y que no es parte en este juicio, y no obstante expresar su enemistad con el actor, viene a ratificar en lo esencial lo manifestado por el actor en cuanto afirma que no se discutió el precio fijado, que era de 1.250.000 pesos, sino el área a entregar de inmediato en tenencia precaria para lo cual se convino la realización de una medición en el campo.

No favorece en nada, por cierto, la posición de la de mandada en el litigio, que en el escrito de responde de fojas 36 vuelta se exprese que asistieron a la reunión del día 24 de setiembre de 1971 los señores Echeverría y Duncan ambos en su carácter de socios administradores de "Establecimiento El 51" y el último de los nombrados luego en su absolución de posiciones (fojas 100, pregunta 6ª, expediente de aseguramiento de prueba) niegue haber estado en dicha reunión, evitando así responder sobre lo sucedido en la misma.

La parte actora demanda daños y perjuicios por la resolución del contrato, en razón de ser de cumplimiento imposible la obligación de escriturar a cargo del vendedor por haber éste transferido a terceros el bien inmueble objeto de la compra-venta pasada.

Esta acción resulta procedente de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 505 inciso 3º, 506, 511, 519, 520,

521, 621, 889 y 1187 del Código Civil (Morello, Augusto, *Boleto de compraventa inmobiliaria*, pág. 573).

Cuando la prestación se hace imposible por culpa del deudor "la obligación primitiva sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses, vale decir que es la misma obligación que perdura o se perpetúa, aunque se haya modificado el objeto de la prestación. Por obra de esta concepción jurídica, en todo reclamo de cumplimiento específico de la obligación está ínsito por el equivalente, de suerte que si la escrituración no es posible, la obligación se convierte por efecto de su perpetuación en la de pagar daños e intereses sin necesidad de una reclamación formal del actor en tal sentido" (LL 19-985).

3) Que corresponde determinar el daño teniendo en cuenta el llamado interés positivo, vale decir, acordando al comprador lo que hubiere obtenido de haberse cumplido en tiempo y forma el contrato.

Teniendo en cuenta que la determinación del daño que experimente el comprador frustrado, es una cuestión circunstancial que debe resolverse teniendo en cuenta las modalidades de cada caso (C. N. Civil Sala E - ED 72-442) y dado que el actor ha estimado el perjuicio patrimonial sufrido en la diferencia existente entre el precio que debió abonar si se hubiera realizado la transferencia y el pagado por los terceros compradores Julio Enrique Supervielle y María del Carmen Algorta de Supervielle, según boleto firmado el día 24/9/71 (fs. 68 del aseguramiento de prueba), que ascendía a la suma de \$ 250.000, entiendo viable este criterio para apreciar el lucro cesante sufrido por el actor a raíz de la resolución de la venta. Esta suma refleja con aproximada fidelidad la ganancia frustrada a raíz del incumplimiento de la parte vendedora, y, de todas

maneras, es presumiblemente inferior a la indemnización que resultaría de calcularla sobre la base del valor actual del inmueble, parámetro éste que es el que priva en la jurisprudencia con las variantes propias de cada caso (J. A., 1962 - 4 - 346; J. A., 1964 - I - 553, además Morello, *obra citada*, pág. 577).

La cantidad fijada en concepto de indemnización debe reajustarse conforme a reiterada y pacífica jurisprudencia, teniendo en cuenta la depreciación monetaria, reajuste que se efectuará desde la fecha de la interposición de la demanda y con base el índice de precios tabla suministrada por el INDEC, con más un interés del 6 % anual desde esa fecha hasta el presente y de aquí en más, el interés que cobra el Banco Provincial de Santa Fe en sus operaciones de créditos.

4) La parte actora pide que se condene solidariamente a la firma Elizalde, Lanusse y Cía. por el incumplimiento doloso de sus obligaciones como corredor, mientras que esta última niega haber procedido con dolo o culpa y así también su solidaridad con la otra demandada.

Para resolver esta cuestión debe dejarse sentado primeramente la existencia y naturaleza de la responsabilidad atribuida a Elizalde, Lanusse y Cía. para luego entrar a considerar si existió relación de causalidad adecuada entre la conducta de ésta y la frustración del contrato entre el actor y Establecimiento "El 51" S.C.A.

1º) La existencia de un contrato de corretaje (artículo 88 y siguientes del Código de Comercio) ha sido acreditada con las pruebas de autos y si alguna duda pudiera existir sobre el particular, la correspondencia es conformativa de tal situación jurídica. Consecuencia de ello, la responsabilidad de Elizalde, Lanusse y Cía. sería, pues, de carácter contractual.

Debe también analizarse si en la actuación de esta firma hubo transgresión a las normas que regulan el contrato de corretaje por parte de quien actuó como corredor, para ello hay que dividir el proceso vivido entre todas las partes en dos etapas:

- a) La previa al acuerdo llegado entre el actor y el dueño del campo, y
- b) la posterior al mismo.

En la primera etapa nada reprochable puede atribuirse a la firma corredora. De las cartas ya mencionadas y analizadas en esta sentencia, surge que fue debido a la intervención de Elizalde, Lanusse y Cía. que pudo llegarse al perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. No puede afirmarse lo mismo, en cambio, de la conducta posterior al acuerdo, que contribuyó, como se verá, de manera decisiva a la frustración del contrato ya perfeccionado.

Las constancias obrantes en estos autos y en el expediente de aseguramiento de prueba, permiten dar por sentados los siguientes hechos:

a) Que inmediatamente de terminada la reunión entre Hernán Echeverría y José Duncan con el actor doctor Girardi, en el local de Elizalde, Lanusse y Cía. de Rosario, el día 24/9/71 y con la asistencia del señor Roberto Félix Elizalde, en su calidad de corredor de las partes, ingresaron a dicho local los señores Julio Enrique Supervielle y señora María del Carmen Algorta de Supervielle, quienes mantuvieron una reunión con los representantes del Establecimiento "El 51" S.C.A. y Roberto Félix Elizalde, concretándose la venta del campo que había sido objeto de la operación con el doctor Girardi, suscribiéndose el boleto cuya copia obra a fojas 68 del aseguramiento de prueba. Las de-

claraciones de los Supervielle (fojas 144 y 155 de estos autos) confirman tal evento.

b) Que en dicha reunión se utilizó papel y máquina de la oficina de Elizalde, Lanusse y Cía. de Rosario para redactar el boleto de venta a los Supervielle (fotocopias ya citadas de fojas 68 y escritos de responde de los demandados);

c) Que intervino Roberto Félix Elizalde tomando intervención en la redacción del boleto (ver declaración del señor Supervielle, fojas 144, pregunta 7^a);

d) Que la firma Elizalde, Lanusse y Cía. recibió una comisión, lo que está demostrado con declaraciones del señor Supervielle, pregunta 8^a, fojas 144, y peritajes contables de fojas 148 y 178 de estos autos. Estas constancias deben privar sobre la negativa expresada por la firma corredora en su responde y alegato, no encontrando en manera alguna convincentes los argumentos ensayados para explicar el ingreso de dinero que la pericia acreditó. Es de señalar que la suma de \$ 45.000 por Establecimiento "El 51", corresponde exactamente al 3 % de comisión sobre el precio de la compraventa efectuada con los Supervielle;

e) Ha quedado también demostrado que los señores Raúl Desumville y Primo Doboletta no participaron en la operación ni en la redacción del boleto ya que no tuvieron ingreso a la oficina donde sí está acreditado actuó el señor Roberto Félix Elizalde.

Que estos elementos de prueba, que se integran y complementan, llevan al ánimo del juzgador la convicción que la operación de compraventa con los Supervielle, fue pactada por la firma Elizalde, Lanusse y Cía., lo que marca la violación a los deberes que nacen del contrato de corretaje celebrado con el actor

doctor Girardi y encuadra en lo normado por el artículo 110 del Código de Comercio.

Debo señalar que los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de corretaje no terminan automáticamente con el acercamiento de las partes, sino que subsisten después de producido tal contacto y finiquitando el acuerdo, en virtud del principio de la buena fe contractual consagrado por el artículo 1198 del Código Civil, que en la especie, se traduce en el evidente deber que tiene el corredor de no interferir en la concreción y ejecución del contrato.

Si se parte de la base de que ninguna persona puede vender el mismo bien a dos partes distintas (artículo 1329 C. C.) aparece evidente que, aparte de la transgresión al deber genérico impuesto por el artículo 1198 del Código Civil la firma corredora concurrió en la violación del artículo 108, inciso 1º del Código de Comercio que resulta de haber intervenido “en contratos ilícitos o reprobados por derecho”, toda vez que la venta convenida con los Supervielle aparece como ilícita atento la existencia de una enajenación anterior concertada sobre el mismo inmueble, con su intervención.

2º) En autos aparece perfectamente determinada la relación causal entre la conducta de la firma Elizalde, Lanusse y Cía., con la frustración del contrato padecida por el primer adquirente, actor en esta demanda y consecuentemente con lo dispuesto en los artículos 519, 521 del Código Civil y normas concordantes, se debe responder por los daños y perjuicios que derivan para el actor de la imposibilidad de obtener el cumplimiento del contrato. La indemnización ya ha sido señalada en el punto 3 de esta sentencia.

3º) Asiste en parte razón a Elizalde, Lanusse y Cía. cuando expresa que no existe solidaridad típica

entre los codemandados frente al acreedor, la relación obligacional es otra: en virtud de las respectivas e independientes violaciones contractuales cometidas por los demandados, cada uno de ellos debe responder por el total de la indemnización debida al actor. Se está ante un caso de “obligaciones concurrentes” o *in solidum* en las que la prestación es debida al mismo acreedor por dos o más deudores, no obstante que no se encuentran vinculados por una relación jurídica preexistente.

Hay identidad de objeto, pero diversidad de causa según lo señala la doctrina, entre otros, Llambías —*Obligaciones*, t. II, N° 1287—; Colmo —*Obligaciones*, N° 526—; Busso, *Código Civil comentado*, t. V, artículo 690, N° 14.

Por imperio de esta especial naturaleza de las obligaciones “concurrentes o *in solidum*” el actor tiene derecho a ejecutar la totalidad de la deuda a cualquiera de los demandados accionando contra ellos en forma conjunta o sucesiva, si no tuviera éxito su primer reclamo. La condena en costas de los demandados debe seguir la suerte de las obligaciones principales, y por tanto, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de ellas para cobrar el total de las devengadas a su favor.

Por las consideraciones vertidas precedentemente y la prueba aportada y lo dispuesto por los artículos 519, 521, 1137, 1197, 1323 del Código Civil, resolviendo,

FALLO :

Haciendo lugar a la demanda en todas sus partes y condenando a los demandados “Establecimiento El 51 S.C.A.” y “Elizalde, Lanusse y Cía.” en la forma señalada a abonar al actor dentro del término de diez

días la suma de \$ 250.000 (DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS) que serán reajustados de acuerdo al índice suministrado por el INDEC y a partir de la fecha de interposición de la demanda y hasta su efectivo pago con más el interés del 6 % anual a calcular desde esa misma fecha hasta el presente y de aquí en adelante el interés que fija el Banco Provincial de Santa Fe para la línea de créditos documentados. Impongo las costas a las partes demandadas. La regulación de honorarios se hará conforme se establezca el monto definitivo por el cual prospera la demanda. *Roberto Vázquez*, Juez. *María I. Cardoso Ayala*, Secretaria.

B) Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala Cuarta.

En la ciudad de Rosario, a los once días de mayo de mil novecientos ochenta y uno, reuniéronse en Acuerdo los Vocales de la Sala Cuarta Integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, doctores *Julio A. Villa Perincioli*, *Miguel Angel Crespo* y *Carlos D. Giannone* para dictar pronunciamiento en los autos caratulados "Girardi Angel Fernando v. Establecimiento El 51 S.C.A. y otra - Daños y Perjuicios", venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 10ª Nominación, en apelación de la sentencia obrante a fojas 221/230. Habiéndose efectuado el estudio de la causa se resuelve plantear las siguientes cuestiones:

1. ¿Es nula la sentencia recurrida?
2. ¿Es justa la sentencia apelada?
3. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, dijo el Vocal doctor *Villa Perincioli*:

El recurso de nulidad concedido a fojas 233 vuelta en relación a la sentencia de fojas 221/230 no se man-

tiene en esta instancia ni se observan vicios que autoricen una decisión de oficio. Voto, entonces, por la negativa.

A la misma cuestión, dijeron los Vocales doctores *Crespo* y *Giannone*:

De acuerdo con lo expuesto por el Vocal preopinante, votamos por la negativa.

A la segunda cuestión, continuó diciendo el Vocal doctor *Villa Perincioli*:

La sentencia dictada en autos admite la demanda promovida por el doctor D. Angel Girardi contra Establecimiento El 51, S.C.A. y Elizalde, Lanusse y Cía. S.A., condena a los demandados a pagar al actor la indemnización de daños y perjuicios reclamada, en forma solidaria y reajutable, fija intereses e impone costas. En los recursos concedidos y expresando agravios, los demandados sostienen:

a) Establecimiento El 51, S.C.A., que en el contrato de compraventa convenido con el actor, éste no respetó el precio convenido al concluir la operación y el juez en la sentencia atribuye a la demandada recurrente falta de pruebas que acrediten el hecho extintivo invocado por ella; destaca la apelante que no se resolvieron en el fallo las tachas articuladas contra los testigos, decidiendo el juez la suerte de la causa por la apreciación de una sola de las testimoniales rendidas, precisamente la de quien era socio del demandante al tiempo del contrato; además, que en el acuerdo celebrado no se concedió al adquirente la tenencia provisoria de ninguna superficie, en menor área, del campo motivo de compraventa. En relación a la indemnización pretendida, destaca la apelante su total improcedencia ya que la condena del fallo se fundamenta sólo en las hipotéticas ganancias que habría podido obtener el actor

si hubiese enajenado el campo a eventuales compradores. Luego de insistir en que el daño invocado no puede indemnizarse por no ser cierto ni actual, pide se revoque la sentencia con imposición de costas al demandante.

b) Por su parte, la firma Elizalde, Lanusse y Cía., S.A. circunscribe sus agravios a la solidaridad establecida en la sentencia respecto de la obligación resarcitoria. Luego de desarrollar la conducta de su parte en el negocio programado con el actor, destacando la función cumplida de acercar a los contratantes, insiste en señalar que la compraventa no se concretó por diferencias en el precio imputables al Dr. Girardi, como resulta de las declaraciones testimoniales rendidas en autos y que, a través de los hechos ocurridos, impidieron el perfeccionamiento del contrato. Agrega que en el caso obró sólo como intermediaria vinculando a los interesados en un negocio que no se concretó a último momento, razón por la cual percibió la falsa comisión establecida en el artículo 111 del Código de Comercio, cumpliendo y agotando de tal modo su intervención en el corretaje, y sin que pueda derivarse de su gestión responsabilidad para su parte. Finalmente, insiste la apelante acerca de la responsabilidad *in solidum* que la sentencia le atribuye, a su juicio erróneamente; en ese sentido, se explyea en el concepto doctrinario de las obligaciones concurrentes para demostrar su tesis de que la solidaridad sólo puede tener origen en el acuerdo de las partes y según lo dispuesto en el artículo 701 del Código Civil, extremo que, concluye, no se da en el caso por no ser homogéneas las obligaciones de los demandados respecto de las del actor, pues para la empresa vendedora del campo, su obligación fue de "dar" la propiedad del predio, en tanto que la obligación de su parte, encargada de acer-

car a los contratantes del negocio, fue de hacer, con la consecuencia de un alcance diferente en la prestación resarcitoria. Luego de oponerse al pago de la indemnización fijada en la sentencia por ser eventual e hipotético el perjuicio denunciado por el actor, pide se revoque el fallo con costas al demandante.

Apreciados los antecedentes del caso, juzgo que la sentencia en apelación se encuentra arreglada a derecho y que debiera confirmarse.

A. Los agravios de la apelante Establecimiento El 51, S.C.A., se circunscriben a la valoración de las pruebas testimoniales y a la indemnización resarcitoria.

1º) Respecto de la apreciación de las pruebas de testigos, la apelante reclama decisión del tribunal acerca de las tachas deducidas en relación a las deposiciones de Zanetta y Marletta (fs. 81 y 87), no sin dejar de reconocer, al final de su crítica desarrollada sobre el tema (fs. 266 vta.), que su parte “no descarta la eficacia del dicho del testigo único” don Angel Budacci, testigo invocado por el juez *a quo* en la fundamentación del fallo admitiendo la demanda. Habida cuenta de aquellas declaraciones aludidas en los agravios, juzgo que la queja deviene insostenible por infundada y debiera rechazarse. Ante todo, porque si bien la apelante se opuso en la audiencia respectiva a la procedencia de la tacha articulada por el actor (fs. 87), demostrando de tal modo su interés en la admisión de la prueba, el testigo único don Angel Budacci aparece mereciendo la aceptación probatoria de la apelante (fs. 226 vta.), con lo cual va de suyo que en su valoración de la prueba de testigos, el juez de la causa acogió la tesitura del actor de prescindir de la declaración motivo de tacha; y consecuentemente, aun sin dar razones expresas, resolvió eliminarla del escenario probatorio de los hechos

medulares del proceso. En tal sentido, destaco que la tacha articulada a Marletta se apoyó, primordialmente, en no haber estado él presente cuando se disputó "a puerta cerrada" la conclusión del contrato relacionado en la demanda (fs. 87 cit.), circunstancia que aceptó de buen grado la demandada (art. 221, C.P.C.), pese a oponerse a la procedencia de la tacha (v. Corphe, Francois, *De la apreciación de las pruebas*, pág. 419 y ss., Buenos Aires, 1955; Pothier, R. J., *Tratado de las obligaciones*, pág. 498, N° 823 y ss., Buenos Aires, 1947; *Juris*, 34-224, Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 2ª voto Dr. Gardella, etc.). Cuanto al testigo Zanetta (fs. 81), el desinterés de la apelante en la tacha sustanciada entre las otras partes del proceso, surge del contenido de aquel acto procesal en el que su parte estuvo ajena a la impugnación, y esto elimina, radicalmente, el agravio. De todos modos, en el recurso concedido los agravios de Establecimiento El 51 S.C.A. aparecen enderezados a reclamar un pronunciamiento expreso acerca de las tachas articuladas, sin reflexionar la apelante en la conformidad prestada aceptando la declaración del mencionado Budacci; sin reflexionar, tampoco, en que la aplicación de las reglas de la sana crítica y el principio de valoración de la prueba según el crédito que inspiren las condiciones personales de los recibidos (art. 224, C.P.C.), concede al criterio del sentenciante un mérito que no ha sido cuestionado en relación a la prueba invocada en el fallo si se advierte que la apelante pretende "mayor severidad en la apreciación valorativa de esa prueba" (fs. 226 vta. cit., líneas 10 y ss.; *Juris* 34-224, Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala Segunda cit.). Más aún, la declaración de un solo testigo para dar fundamento a la decisión del litigio, no merece el contenido de justicia que el fallo pueda brindar en su revisión apelatoria. En el derecho moderno, ningún valor tiene la máxima *testis unus, testis nullus*,

y la legislación de nuestros días confía más, decididamente, en la racional valoración del juez de la prueba testimonial (art. 224, C.P.C. cit.; Lessona, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil. Prueba testifical y pericial*, pág. 488, Nros. 382 y ss., Madrid, 1913; *Juris* 35-89; Cám. Trab. Rosario, Sala 2ª, mi voto; *Juris*, 37-56, Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala 3ª, J.A. 1963-1-190, Cám. Civ. Cap., Sala D; J.A. 1963-IV-388, Cám. Civ. 1ª La Plata, Sala 3ª; etc.). La apelante considera calificado el testimonio de Budacci (fs. 266, líneas 11 y ss.). Sin embargo pone el acento en atribuirle contradicción respecto de la responsabilidad de las partes en la imposibilidad de cumplir el contrato de compraventa celebrado. Habida cuenta de las particulares circunstancias del caso ocurrido y de la afirmación de la sentencia de tener por demostrada la celebración del contrato consensual de compraventa, juzgo que este aspecto de la queja no ha de gravitar en la conclusión del fallo que tiene por celebrado el mencionado contrato, no sólo por la declaración calificada del testigo Budacci —al decir de la apelante (fs. 226 cit.)—, sino por la concordancia de esta prueba con las documentales mencionadas por el *a quo* sin manifestaciones disconformes de Establecimiento “El 51” S.C.A. en la instancia de revisión. Porque en este sentido, habrá de admitir la empresa vendedora demandada que sus alegaciones en torno de la tenencia provisoria de una superficie del campo enajenado y que habría sido motivo de atendida consideración en las negociaciones culminantes del contrato, este ingrediente posible de las tratativas no puede ser incluido entre los elementos propios y sustanciales de la compraventa concluida, a tenor de sus normas particulares, típicas (arts. 1137, 1139, 1140, 1143, 1145, 1147, 1148, 897, 1323, y sus concordantes, Código Civil).

2º) La indemnización resarcitoria emergente de la imposibilidad de cumplir la prestación primordial de la compraventa concluida, motiva otro agravio de la demandada. La apelante insiste en advertir sobre el carácter eventual del lucro cesante reclamado, lucro que tiende, a su juicio, a una reparación de hipotéticas ganancias derivadas de supuestas negociaciones (fojas 268 y ss.).preciadas las particularidades del *sub iudice*, juzgo que la tesis de la apelante deviene inadmisibile por injusta, en cuanto dejaría sin indemnización al comprador de un inmueble cuya propiedad no le fue transmitida por culpa del vendedor. En otros términos, y habida cuenta de la enajenación realizada posteriormente en favor de un tercero, la indemnización prometida por la ley (arts. 574, 576, 1323 y sus concordantes, Código Civil), sería ilusoria y vana en la tesis de la apelante, con deterioro de legítimas expectativas en perjuicio del adquirente como que se funda en una manifiesta arbitrariedad de la que el culpable no ha de ser liberado de conformidad a las probanzas del *sub iudice* (art. 1198, ídem). En el caso bajo recurso, la sentencia escoge el criterio de la diferencia de precio que se dejó establecido en el contrato celebrado con el actor y el precio que la empresa vendedora fijó en el celebrado con los adquirentes posteriores. Juzgo que la decisión bajo recurso se encuentra arreglada a derecho si se advierte, consecuentemente, que la demandada se obligó a transferir la propiedad del campo "El 51" (arts. 1323 y 574 Cód. Civ.) y que como deudora de tal obligación "es responsable al acreedor de los perjuicios e intereses, por falta de las diligencias necesarias para la entrega de la cosa en el tiempo convenido" (art. 576, ídem). En esta tesitura se ha decidido que los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culposo del vendedor por la falta de entrega de la cosa vendida

en el tiempo oportuno, consiste en el pago de la diferencia por mayor valor de la cosa vendida (v. J.A. 1976-II-458, Cám. Nac. Civ., Sala C); también que los daños e intereses comprendidos en la reparación son la consecuencia necesaria e inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación (arts. 520, 1197, 1198, 903, Código Civil; v. J. A. 1979-I-116, Cám. Nac. Civ., Sala A; J. A. 1979-III-517, Cám. Nac. Civ., Sala D; J. A. 1979-I-627, ídem, etc.). Ello así, la condena establecida en la sentencia sobre tales presupuestos, se encuentra arreglada a derecho y debiera mantenerse.

B. Los agravios de la empresa que intervino en la preparación del contrato concluido con el actor que dieron reseñados precedentemente. Se dirigen a poner de resalto el error de la sentencia en atribuirle a Elizalde, Lanusse y Cía. S. A., responsabilidad por los perjuicios ocasionados al doctor Girardi emergentes del fracaso de la operación de compraventa del campo "El 51". Las particularidades del caso y las conclusiones anteriores no descalifican la sentencia en relación a estos agravios.

Ante todo, cabe reafirmar que la compraventa preparada por Elizalde, Lanusse y Cía. S.A., para vender el mencionado campo al doctor Girardi fracasó —en principio— por divergencias de las partes relacionadas con el área del campo a conceder en tenencia provisoria para la siembra y no respecto del precio de venta (fojas 63/64). La sentencia en revisión admite el acuerdo de voluntades inherente a esta compraventa pero afirma que la "frustración del contrato ya perfeccionado" (sic. F. 228), se debió a la conducta posterior a ese acuerdo y responsabiliza a Elizalde, Lanusse y Cía. S.A. por los perjuicios ocasionados al actor en forma solidaria con la empresa vendedora. Por su parte, la ape-

lante se detiene en el análisis de la solidaridad en las obligaciones y demuestra su tesis de resultar ajena al caso de autos la solidaridad declarada en la sentencia. Pero omite agravarse y formular una crítica razonada del fallo en relación a la afirmación del *a quo* acerca de la conducta de Elizalde, Lanusse y Cía. S.A. después de concluido aquel contrato con el actor, relacionada con la venta posterior del campo "El 51" a los compradores señores Supervielle. Y esta afirmación de la sentencia deviene trascendente respecto de la solidaridad que declara, ya que a través de las probanzas invocadas en el fallo, la venta posterior concluida con los Supervielle habría sido el resultado de una intermediación conjunta de otros corredores y de la firma Elizalde, Lanusse y Cía. S.A. (fs. 144, preg. 8ª y fs. 68, exp. Aseg. Prueba). Es indisputable que la venta al doctor Girardi fue el resultado de la intermediación de la mencionada firma; que su misión en la oportunidad quedó en parte concluida con el acercamiento de los contratantes que perfeccionaron el típico contrato pretendido (fs. 63 vta., preg. 72, test. Budacci cit.; fs. 30 y 35/38, exp. agreg.; arts. 1137 y 1323, Cód. Civ.). En este sentido, los agravios de la apelante se apoyan en una verdad que parece irrefutable respecto de la misión del corretaje cumplido en la venta con el demandante, ya que la actividad del mediador procuró un acercamiento saludable entre la oferta y la demanda de bienes a que refería la operación pretendida y concretada (v. Siburu, Juan B., *Comentario al Código de Comercio Argentino*, t. 3, pág. 6, Buenos Aires, 1933; Thaller, E., *Traité élémentaire de droit commercial*, pág. 554, N° 1098, París, 1910; J.A. Reseñas 1974, pág. 412, N° 12, Cám. Apelac. Civ. y Com., Rosario, Sala 2ª; ídem, N° 13, Cám. Apelac. Civ. y Com. Rosario, Sala 4ª, J. A. 1978-III-131, Cám. 1ª Civil y Com. Bahía Blanca, etc.). Pero el fallo en apelación

menciona la conducta inmediatamente posterior de Elizalde, Lanusse y Cía. S.A. participando en la celebración de la venta a los señores Supervielle del campo "El 51" anteriormente vendido al doctor Girardi. Con motivo del nuevo contrato con los señores Supervielle, la expresada firma corredora recibió una comisión por su intervención y esta circunstancia está reconocida por la apelante (fs. 257, líneas 6 y ss.), todo lo cual resulta significativo para admitir la responsabilidad solidaria que declara el fallo en revisión. En este sentido, las pruebas rendidas demuestran que el contrato con el doctor Girardi no sólo quedó frustado por desavenencias ajenas a la compraventa concluida —fueron las relativas al área que habría de entregarse al comprador en tenencia provisoria (fs. 63, vta. cit.)—, sino por la presencia simultánea de interesados a quienes el campo "El 51" les fue ofrecido y por ellos adquirido con sujeción al boleto pertinente reconocido en autos, luego de la intermediación de la firma Elizalde, Lanusse y Cía. y de otras personas. Habida cuenta de tales antecedentes, juzgo que devienen inaceptables los agravios de la apelante en relación a las conclusiones de la sentencia sobre responsabilidad solidaria, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 110 del Código de Comercio y 1198 del Código Civil.

Insisto en señalar que la intervención de la empresa Elizalde, Lanusse y Cía. S.A., en la compraventa con los señores Supervielle ha quedado reconocida no sólo en la apreciación que se formula sobre la "desproporción" resultante de la comisión pagada a los corredores directos señores Dusumville y Doboletta y la que percibió la apelante en esa oportunidad (fs. 257), sino en el reconocimiento del testigo Enrique Supervielle al ser examinado por ambas partes en el acto procesal de

fojas 144 y vuelta, respectivamente, precisamente en relación al pago de una suma en concepto de comisión a la firma Elizalde, Lanusse y Cía. S.A. por la venta en la que el testigo fue adquirente. Y actos de esta naturaleza revelan la intervención en proposiciones para la negociación (art. 98, Cód. de Com.) y el cumplimiento de la obligación del corretaje de estar presente en la suscripción del boleto de enajenación del bien incluido en la operación (v. J. A. 1960-III-441, Cám. Com. Cap., J.A. 1959-VI-671, Cám. Civ. Cap., Sala D), con el consiguiente perjuicio para el actor en el caso de autos, si se advierte, además, que la frustración del contrato a que hace mención la sentencia fue el resultado de causas concurrentes, entre ellas la intervención de la mencionada firma frente a compradores simultáneos, de los cuales el segundo fue adquirente inmediato posterior al primero. Se observa, entonces, en el caso en apelación, una relación causal entre la intervención de la mencionada firma y la frustración que perjudicó los derechos del actor como comprador primero del campo "El 51" (art. 498, Cód. Civ.), con sujeción a una responsabilidad, la declarada en el fallo (v. Massé, M. G., *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. 4, págs. 501 y ss., París, 1874) que se juzga arreglada a derecho en cuanto se configuran en el caso los elementos propios de su funcionamiento (artículos 521, 1081, 903, 944, 1198, Cód. Civ.; art. 98 Cód. de Com.; J.A. 1976-I-365, Cám. 2ª La Plata, Sala 3ª Civ. y Com. con nota de Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad profesional de los martilleros y corredores*, N° 7 (*); J.A. 1979-II-559, Cám. Nac. Fed., Sala 2ª Civ. y Com.; Machado, José O., *El Código Civil Argentino interpretado...*, t. 2, págs. 150 y sigte., fallos de la Sup. Corte y de la Cám. Apelac. Civ. Cap., Buenos Aires, 1903, etc.).

(*) V. esta obra, tomo I, pág. 319.

Voto por la afirmativa.

A la misma cuestión, el vocal doctor *Crespo*, dijo:

Por las mismas razones adhiero al voto que precede.

A la misma cuestión expresó el vocal Dr. *Giannone*:

Coincido con el voto del doctor Villa Perincioli.

I. *Ab initio*, de las constancias de autos, surge con claridad, la existencia de dos contratos, que originan distintas posiciones procesales. El uno, la existente entre el actor, y la propietaria del campo. Aquí, debe detenerse el Juzgador para determinar un fundamental aspecto, ya tratado, también con acierto —adelanto mi opinión— por el señor juez *a quo*, ese aspecto es el de decir si existió o no contrato perfeccionado entre las partes de esta relación. Decimos que el contrato se había perfeccionado.

En segundo lugar, debe determinarse a quién se debe imputar el incumplimiento del mismo, y en su caso, fijar los consiguientes daños y perjuicios. Anticipamos desde ya que, a mi criterio, a través de la prueba producida en autos, los aspectos jurídicos que hacen a las mismas, así como los principios que rigen la materia contractual, debe imputarse sin vacilación el incumplimiento de tal, a la parte demandada, ello por su propia conducta y la conducta ilegítima del corredor interviniente.

Las pruebas obrantes en autos, como digo, me hacen arribar a afirmar aquella existencia de perfeccionamiento. Sin vacilación las cartas que se hallan en autos, como medio de prueba en armónica combinación con los principios que la juzgan así lo hace considerar.

También, a mi criterio, se halla probado las tratativas para la adquisición del campo y por ende del acuer-

do consiguiente, así como la intervención de los corredores en aquella firma también demandada, cuya intervención se hace dualmente ilegítima, de inmediato, concretando otro contrato sin valor ante la existencia del primero aún no concretado mediante el boleto pero partiendo de la distinción entre acuerdo e instrumentación.

II. Que tampoco y considerando sintéticamente cada una de las principales cuestiones, también cabe arribar a la conclusión de que la demandada no probó su alegación de la existencia de una conducta, mejor dicho inconducta contractual de la actora. Ello, como era su obligación.

III. Que la acción de daños y perjuicios es procedente. Ella la obligación se hizo de cumplimiento imposible y la doctrina de nuestros autores acepta así pues, su procedencia (Morello, *Boleto de Compraventa*, página 573).

IV. Que siendo procedente la acción instaurada, serán las circunstancias del caso, la que determinan aquí el monto de los daños. Los aquí apreciados y pretendidos por la parte actora, son caracterizados por su inmediatez, lo que hace posible, como decimos, el derecho a percibirlos, como veremos más adelante al tratar de las pretensiones de la actora. (E. D. 47-387; ídem 215; E.D., 51-280; E.D., 47-694).

V. Que también aparece clara la solidaridad contractual del corredor, que nace clara a través de las disposiciones que hacen al instituto del corretaje.

VI. Que el acopio documental arrimado a los autos, por la parte actora, hacen arribar también a la conclusión, en teniendo en cuenta las obligaciones del corredor establecidas con claridad y severidad por la ley,

que la conducta de aquél fue ilícita con las implicancias consiguientes. Como decimos existen pruebas graves, precisas, que demuestran la mala fe, así como la violación de sus deberes de funcionario, de corredor. Nos remitimos, a las pruebas analizadas con claridad por el señor juez *a quo*, fojas 228 - 228 vuelta.

VII. Que las obligaciones del corredor, en relación a las partes, así también, cuando a su conducta específica como tal no habían concluido. El pudo probar lo que pretende para exonerarse de toda responsabilidad y no lo hizo (arts. 91, 93, del C. de Comercio), donde se especifican la historia de su actividad diaria, determinando las operaciones en que interviene, no meramente los contratos concluidos sino todas las negociaciones. En ese sentido, puede verse Segovia, tomo I, pág. 132, especialmente notas 321, 329, relativas a la responsabilidad por omisión de ello.

VIII. A mi criterio, por las razones que se darán más adelante, las expuestas con claridad por el señor juez, y las del vocal preopinante, se tipificó un nexo causal en la actitud, en la conducta de la firma corredora y la no concreción por escrito del boleto - contrato. Ergo, ella, dicha firma responde también por los daños y perjuicios.

IX. Como se hace notar acertadamente por el señor juez, estamos en presencia de aquellas obligaciones denominadas concurrentes, y de consiguiente, el actor tiene el derecho de ejecutar el todo de sus pretensiones en relación a la demandada, la entidad corredora. Que bajo este aspecto, hemos tenido en cuenta la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. Así, puede verse, Salvat - Acuña Anzorena, *Obligaciones*, tomo IV, 2854; J.A. 1948-1, pág. 440; La Ley, 54, 432; La Ley, tomo 83, pág. 299, y especialmente, también Spota, notas en J.A.

1944, III, pág. 15. A los fines del tratamiento del dolo del corredor y sus implicancias bajo este aspecto, cabe señalar Segovia, en su nota, tomo I, pág. 139, notas 348, 349.

Sentadas las anteriores consideraciones concretadas en los epítomes que preceden, entraremos en concreto a las diversas cuestiones de autos.

X. Que en el caso de autos, es menester detenerse con particular énfasis en algunos aspectos que conceptúo fundamentales, no obstante haberse considerado, con claridad de fundamentos por el doctor Villa Perinoli. En el caso se tipificó un acuerdo de voluntades, aquella conversación telefónica (fs. 35).

Que a lo anterior, se agregan aquellas cartas que corren a fojas 36 y 37 del expediente agregado. De su contexto, sin lugar a dudas a mi entender, como digo más arriba se había perfeccionado anteriormente el acuerdo de voluntades. La convención, el acuerdo se produce a través de las líneas telefónicas. Basta leer aquellas cartas para arribar a tal conclusión. Hay así, una conversación telefónica. Y esas cartas, donde se habla de la "conformidad prestada", "las condiciones pactadas", etc., de lo que se infiere el acuerdo a que hacemos referencia.

Entiendo pues, entonces, que esas cartas, constituyen un principio de prueba por escrito, bien claro e indiscutible. Y por ende, sin lugar a dudas el contrato se realizó. Probada pues, tal circunstancia, quien alegaba un hecho extintivo de la situación jurídica debió acreditarlo, y ello no sucede aquí (Alsina, t. II, página 194, edición 1942).

Entiendo entonces que aquellas discusiones habidas en relación al contrato ya concretado, son accesorias, y que ellas no implican una modificación, con to-

das sus consecuencias. Meras diferencias en la redacción, en los detalles, así lo ha considerado constante jurisprudencia de nuestros tribunales.

Me remito, bajo este aspecto, a las declaraciones del testigo Budacci que corren a fojas 63/64 de autos.

Que sentado lo anterior, debemos detenernos con relación al rol desempeñado por Elizalde, Lanusse y Cía. Es acertada la metodología del *a quo*, en relación a las obligaciones de éstos, antes y después del acuerdo. Partiendo de esa discriminación, entiendo que las obligaciones de la firma mencionada, a posteriori, inciden en su responsabilidad. Bajo ese aspecto, siguiendo a nuestros clásicos autores, se puede afirmar que es deber fundamental del corredor, el de la buena fe, y así lo hemos dicho en algunos pronunciamientos, votados por el suscripto. La dualidad del proceder implicaba la clara violación del artículo 108, inciso 1º del Código de Comercio.

Que en el sentido que acabamos de exponer, surge clara la inconducta de Elizalde con su intervención en una segunda operación, lo que implicaba la violación de sus obligaciones. Lo anterior, partiendo por supuesto de la premisa que sustentamos más arriba, en el sentido de que el compromiso se había concretado por teléfono.

Se halla a mi entender probada tal actitud de Lanusse y Cía. de su intervención en la segunda venta y cobro de la comisión. Es terminante en ese sentido —el del pago de comisión, el dictamen pericial que corre a fojas 178—, no participando de la negociación los señores Desumville y Doboletta, al menos no fue excluyente de la de aquéllos; por lo demás es digno de hacer notar como lo hace acertadamente la parte actora que estos señores —Desumville y Doboletta— no son corre-

dores, ni actuaron como tales, ni como decimos más arriba participaron en el acto de negociación. En ese sentido, me remito a las constancias de autos (especialmente fs. 69, 69 vta.).

Como decimos más arriba, y atento precisamente a los agravios en concreto, relativos al comportamiento como corredor de aquéllos, y refiriéndose a la conducta que deben observar los corredores, el ya clásico Siburú, expresa, que él debe prestar juramento de desempeñar fielmente los deberes profesionales, como un abogado, para asegurar el cumplimiento de los deberes profesionales con la fuerza moral del sentimiento religioso (tomo III, pág. 21).

Que es evidente que apunta bien la parte actora, en cuanto se considere que el corredor ha intervenido en actos, contratos ilícitos o reprobados por el derecho. Basta leer el citado autor y el catálogo de casos donde tal situación, que como la de autos, se ha concretado. Tanto el Código Civil, como el de Comercio, presentan casos especiales de contratos ilícitos o reprobados. En ese sentido me remito a los artículos 1209, 1392 a 1395, 1398, 1474, 1476, 1479, 1483, 1486 del Código Civil, y a los artículos 495, 496, 1125, 1149, 1168, 1175 del Código de Comercio.

Precisamos esta enumeración meramente ejemplificativa, a los fines de determinar el espíritu de la ley comercial, en relación a la conducta y comportamiento específico del corredor, a los fines de adaptarlo a la situación de autos, de tal suerte que queda claramente establecido que la conducta de la entidad corredora ha sido ilegítima.

Partiendo pues, del principio sentado por el señor Juez de Primera Instancia de que la segunda venta era ilícita dado que se vendía una misma cosa a dos per-

sonas distintas, la intervención del corredor, lo comprende en la prohibición que acabamos de señalar más arriba.

También es evidente, como ha dejado claramente establecido el señor juez *a quo*, la relación causal entre la conducta del corredor, aquella firma y el impedimento en la realización del contrato del actor, por cuanto el contrato entre el doctor Girardi y "El 51", se había perfeccionado antes de la mentada reunión meramente destinada a instrumentar tal acto.

Se halla probado, que la venta al actor se vio impedida, por cuanto la cosa, el bien, se vendió nuevamente a los Supervielle. Se halla probado, y me remito al análisis que de la situación probatoria hacen tanto el señor juez *a quo* como el vocal doctor Villa Perincioli en su exhaustivo voto, que la firma corredora actuó a sabiendas con "dolo malo", dolo que reúne los requisitos de tal, como señala el codificador, en cuanto fue un dolo "malo", ilícito; fue causa del accionar; y fue grave, como quiere la ley.

Se halla probado que las "nuevas partes" son aceradas en la intermediación, por la firma de la que es integrante el señor Elizalde, y se halla probado que la participación de ella, es activa, constante y eficaz en ese negocio que ya llevaba el marbete de ilícito.

Admitimos también, por los sólidos fundamentos expuestos por la parte actora, la responsabilidad contractual de la obligación concurrente; y apunta con claridad, la parte actora en cuanto las discrimina. Con exactitud, haciendo nacer de la ley, de la doctrina y de los hechos de autos, el derecho a percibir de ambos deudores, demandado y corredor, las indemnizaciones consiguientes. Compartimos la exacta aplicación que se

hace por la parte actora, a fojas 278, 279, de las denominadas obligaciones concurrentes.

Que es procedente la indemnización fijada en la sentencia. La diferencia de precio, aquel convenido por Girardi, y el que pagaron los segundos adquirentes, concreta la posibilidad, clara, cierta e innegable del perjuicio sufrido por aquél. Evidentemente, que contemplado desde el punto de vista de la teoría del patrimonio tal como la acepta a mi criterio nuestro propio Código, lleva andamio, la tesis, la pretensión del actor, en el sentido de que aquella diferencia de precio, es la base, el fundamento de los perjuicios y la consiguiente indemnización.

Veamos pues ahora, los agravios de la otra demandada, la denominada "El 51". Cabe preguntarse, a tenor de las constancias de autos, si puede atribuirse a Girardi el ser el causante de que el contrato no se firmara. Entiendo que a tenor de las probanzas de autos, ello no es posible admitirlo. Parto del hecho, a mi criterio probado, que en la reunión asistió el testigo señor Budacci. El dicho del tal testigo no puede ser tachado, quedando así acreditado a través de ese dicho, la concreción anterior del contrato, y el aspecto parcial de que se trataría en la mentada reunión.

A mi criterio carecen de asidero probatorio la supuesta vinculación existente entre el actor y el testigo Budacci.

Por lo demás, a través de la copiosa prueba producida, el suscripto no alcanza a percibir una actitud clara, decidida, sin incongruencias por parte de la demandada. Más bien de las relaciones entre partes vinculadas a relaciones jurídicas, es dable observar, repito, su pasividad en relación al actor, cuando habiendo entrado en vinculaciones a los fines de la venta del campo con éste, de inmediato, casi al momento, sin desligarse

de aquel vínculo por lo demás acreditado, entra en convenio con los que fueron los segundos pretendientes.

Carece de entidad jurídica, lo relativo al patrimonio del doctor Girardi en el sentido de que los fondos los posea en bancos que no en efectivo, sino en bancos, y por ende ello demostraría su falta de intención de concretar el negocio, y ello por las incongruencias en las explicaciones de la contraparte, y además, que ello, esa argumentación, contradice lo real de las obligaciones concretadas en la costumbre comercial.

Entiendo que la sentencia como lo propicia el doctor Villa Perincioli debe ser confirmada.

A la tercera cuestión, expresó el vocal doctor *Villa Perincioli*:

De acuerdo al resultado obtenido al votar las cuestiones anteriores, corresponde desestimar el recurso de nulidad y confirmar la sentencia en lo que fue materia de apelación, con costas a los demandados en ambas instancias. Así voto.

A la misma cuestión, dijeron los vocales doctores *Crespo* y *Giannone*:

El pronunciamiento que corresponde dictar en los presentes, es el que formula el vocal doctor Villa Perincioli. En tal sentido votamos.

Con lo que terminó el Acuerdo y atento a los fundamentos y conclusiones del mismo, la Sala Cuarta integrada de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial,

RESUELVE :

Desestimar el recurso de nulidad y confirmar la sentencia en lo que fue materia de apelación, con costas a los demandados en ambas instancias. *Julio A. Villa Perincioli. Miguel Angel Crespo. Carlos D. Giannone.*

2. LOS EFECTOS RELATIVOS DEL CONTRATO

Son dos los textos legales puestos en tela de juicio, en esta interesante cuestión acerca de la relatividad de los negocios jurídicos y de las relaciones y obligaciones emergentes de los mismos:

- 1) El artículo 503 del Código Civil, "Las obligaciones no producen efecto sino entre acreedor y deudor, y sus sucesores a quienes se transmitiesen"; y,
- 2) El artículo 1195: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales... Los contratos no pueden perjudicar a terceros".

Empero, la temática tiene consecuencias más ricas, puesto que alcanza a la noción misma de derecho subjetivo; a la noción y caracteres de la relación obligacional y a su diferencia con la relación real; y, asimismo, a la conceptualización del contrato.

A) El derecho subjetivo.

Dabin, en su obra de todos conocida ⁽¹⁾, y, más tarde Busnelli, en la doctrina italiana ⁽²⁾, han destacado que el derecho subjetivo se integra con la idea de pertenencia. Es, para el jurista francés, una "pertenencia - dominio" y para el profesor de Bolonia "el resultado de la combinación de dos elementos: uno dinámico, que mira a su ejercicio; se trata del poder jurídico, la facultad de obrar, el *agere licet*. Otro estático,

(1) DABIN, J., *El derecho subjetivo*, traduc. esp., Madrid, 1955, p. 100. En el mismo sentido, INVREA, *La parte generale del Diritto*, Padua, 1934, p. 31.

(2) BUSNELLI, FRANCESCO D., *La lesione del credito da parte di terzi*, edit. Giuffré, Milano, 1964; del mismo jurista eminente: *La buona fede nel possesso*, edit. Giuffré y *L'Obbligazione soggettivamente complessa*, edit. Giuffré, Milano, 1974, obra de gran interés y provecho en el tema que nos ocupa.

que resulta de considerar el derecho subjetivo como bien, como valor que pertenece a la esfera jurídica del titular y que constituye lo que se denomina interés" (3).

La precisión no es inútil ni meramente teórica; el perfil estático tiene un papel preponderante y decisivo en lo relativo a la violación del derecho. "El acto lesivo del tercero afecta directamente al interés del titular del derecho subjetivo, provocando una lesión que repercute negativamente en el aspecto dinámico pues impide, en todo o en parte, el ejercicio de la facultad de obrar" (4).

B) La relación obligacional.

En cuanto a la noción y caracteres de la relación obligacional o creditoria, la supuesta limitación o relatividad es verdad en orden al "deber jurídico calificado" —concreto (dar, hacer o no hacer), patrimonial, temporal— que sólo alcanza o afecta al deudor. Es lo que un sector de la doctrina ha denominado la "comunidad restringida". El acreedor sólo puede dirigirse contra el deudor para hacer efectivo su derecho y del cumplimiento o infracción del deber que a este último le compete, resultará finalmente satisfecha o frustrada la expectativa del primero.

(3) BUSNELLI, *La lesione*, p. 35 y ss.

(4) APARICIO, J. M., *Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito*, edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1974, p. 49. Para BELLINI —*Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale*, en *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, dic. 1953— "el interés es el sustrato, el alma, la verdadera esencia del derecho"; éste no es otra cosa que "una vestimenta externa que da al interés una configuración jurídicamente valorable". El derecho de crédito y el derecho real no son en suma "más que diversas cáscaras para una misma nuez". El daño, comenta Aparicio, más que al derecho mismo golpea al interés y siendo sustancialmente idénticos el interés sustrato del derecho de crédito y el del derecho real, las lesiones irrogadas a ellos por terceros son, al par que admisibles, de igual naturaleza y originan la misma tutela.

Pero falla la aludida relatividad obligacional, en la medida en que también esa relación genera en todos los miembros de la comunidad un “deber genérico de abstención”. La cuestión ha sido vivamente controvertida por la enseñanza o doctrina tradicional. Para esa concepción, la lesión al derecho de crédito puede existir únicamente de parte del deudor ⁽⁵⁾; ésa y no otra es

(⁵) FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio al credito*, Milano, 1954; DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, edit. Bosch, Barcelona, p. 286 y ss.; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 323. En la doctrina nacional encontramos, por un lado, las muy escasas referencias al tema que trae COLMO —*Obligaciones*, p. 3—, para quien a diferencia del derecho real “que cabe hacer efectivo sobre una cosa, sin necesidad de tener que hacerlo valer contra nadie determinadamente, o, lo que es igual, que puede ser hecho valer contra cualquiera indeterminadamente, el derecho de las obligaciones se resuelve en la facultad de compeler a alguien para que nos procure un bien o un beneficio patrimonial o económico...”; o SALVAT —*Obligaciones en general*, N^o 68, p. 50, t. I—, que se limita a mencionar el art. 504 que, como es sabido, trata del contrato a favor de tercero; LAFAILLE, por su parte —*Obligaciones*, t. I, N^o 13, p. 19—, analiza las diferencias entre el derecho creditorio y el real, encontrando que el verdadero criterio para separarlos “es siempre el de la manera cómo el sujeto obtiene la ventaja inherente a los mismos: en forma directa en los derechos reales y con intervención del sujeto pasivo en el creditorio”; REZZÓNICO avanza algo más en el tema —*Estudio de las obligaciones*, t. I, p. 24 y ss.—, luego de recordar a LAFAILLE y a RICAUD —*Le droit réel*— para quien la obligación pasivamente universal es común a todos los derechos, expresa que “no se quiere decir que esa obligación sea ‘privativa’ del derecho real, sino que éste no produce la obligación directa, inmediata de una persona determinada... a diferencia del derecho personal, que además de esa obligación pasiva universal produce la obligación de una persona determinada, individualizada, sujetándola al poder o a la facultad del titular de ese derecho”. Muy escasas son, asimismo, las referencias de BUSO —*Código Civil anotado*, t. III, p. 230, arts. 503 a 505, N^o 196— que se limita a indicar que “una ligera lectura del art. 504 podría hacer pensar que la obligación puede también producir efectos respecto de terceros. No es así, sin embargo”. CAZEAUX y TRIGO REPRESAS declaran enfáticamente que “las obligaciones no pueden afectar a terceros” —*Derecho de las Obligaciones*, t. I, p. 123—; empero, al ocuparse de las diferencias entre reales y creditorios, recuerdan la obligación pasiva universal común a ambos, precisando que “no se trata de un haz de obligaciones de no hacer”, puesto que en éstas, las de “no hacer”, el deudor se abstiene de algo que tenía derecho a hacer según las normas jurídicas comunes, en cambio la abstención de perturbar el derecho ajeno que impone “la supuesta obligación pasivamente

la consecuencia que se sigue de la distinción entre el derecho real, caracterizado por la absolutez ⁽⁶⁾ y el creditorio, marcado por la relatividad. Una enseñanza distinta, se afirma, es inconcebible, a menos de “cancelar completamente la línea de distinción entre ambos derechos patrimoniales” ⁽⁷⁾. El argumento ha convencido y convence a los amantes de “la lógica formal”, pero de

universal”, es una abstención de algo que no se tiene derecho a hacer, según la norma “jurídica común”. Citan en apoyo de esta idea a LÓPEZ OLACIREGUI, en las anotaciones a SALVAT, t. II, p. 39, Nº 1325. Y, por otro lado, encontramos mayores referencias, en aquellos que sea por vincular el derecho creditorio al subjetivo, sea por ocuparse de la responsabilidad por daños y, en esa ocasión, de los bienes que pueden ser dañados —las relaciones creditorias— avanzan en la consideración del tema. Es el caso de ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA —*Curso de Obligaciones*, t. I, Nº 38, p. 20— que expresan: “En el fondo, pues, todos los derechos subjetivos tienen una nota de oponibilidad *erga omnes*, cierto carácter absoluto” ...todos... “importan el deber de la comunidad de no inmiscuirse en ellos”.

⁽⁶⁾ Sin perjuicio de las dos corrientes expuestas en torno al derecho real: a) la de quienes predicán que la relación entre el titular y la comunidad pasiva universal, sujeta a un deber genérico de abstención en protección de aquella titularidad, es de la esencia de la relación real; y, b) la sostenida por quienes piensan que tal deber es la “consecuencia automática y refleja” del poder inmediato sobre la cosa, de la relación de inmediatez, de ejercicio del poder “recta vía”, que es, ahora sí, lo que caracteriza al derecho real. En la doctrina italiana se expiden, en el primer sentido, CICO —*L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948—, PUGLIESE, LEVI y otros; en el segundo, SANTI ROMANO, TILOCCA y otros. Apunta BUSNELLI que, en el fondo, es la reedición del debate acerca de la prevalencia del “aspecto o eficacia externa” o de la “eficacia interna”, siendo la tendencia actual favorable a esta última; para SALVATORE ROMANO, por vía de ejemplo, la propiedad es “el estado de sujeción de una cosa a la potestad de la autonomía privada”; y para RODOTÁ es un “estado de la cosa sujeta al poder”. En la doctrina nacional se destaca la obra de GATTI, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, edit. Abeledo - Perrot, Bs. As., 1975, en la cual se elabora una nueva clasificación de los derechos subjetivos, sobre la base de distinguirlos como “facultades” o como “poderes”. Los primeros consisten en una “pretensión”, es decir en la posibilidad por parte de su titular “de requerir de otra persona determinada cierto comportamiento”; los poderes, en cambio, son, en su “esencia”, un señorío de la voluntad, sobre personas o cosas, que se ejerce de propia autoridad, y por tanto, en forma autónoma e independiente de toda otra voluntad...”, *ob. cit.*, p. 53 y ss.

⁽⁷⁾ Es la opinión de RUBINO, LARENZ, ENNECCERUS - LEHMANN, DE CUPIS, DEJANA y otros.

manera alguna a quienes, con sentido crítico y a la vez realista, no han trepidado en calificar a la *communis opinio* como “visión unilateral e inadecuada de la estructura de la relación obligacional” (6).

Uno es el deber del deudor y otro, muy diferente, el de la comunidad pasiva, el de todos los demás. El primero es particularizado y concreto; el segundo es genérico y difuso, de mera abstención, de no turbar, de no impedir la satisfacción del acreedor. Es en palabras de Barbero “un deber de no dañar” (7).

Repitiendo la síntesis de Aparicio: “el tercero lesiona al derecho de crédito cuando evita con un acto ilícito que el acreedor satisfaga su interés, sea porque impide o contribuye a impedir que la prestación se cumpla, que la misma aproveche al acreedor; o bien, sea porque frustra de cualquier manera la efectividad del derecho de crédito” (10).

Empero, la adhesión a la tesis que acoge el “deber de abstención” de parte de los terceros, limitando así la relatividad obligacional, no significa aceptar la igualación entre derecho creditorio y derecho real, postulada por un fuerte sector doctrinario, sea por la vía de “complementar” el derecho típico del acreedor con otro de naturaleza absoluta, con la función exclusiva de tutelar *erga omnes* el primero —lo que la doctrina alemana denomina *Ausschliessungsrecht*—, sea por la

(6) Señala BUSNELLI —*La lesione*, p. 6— que la referencia al “deber de no injerencia de los miembros de la comunidad”, respecto del derecho creditorio, tiene como antecedentes más antiguos las obras de Neuner, de 1866; Von Liszt, de 1898; de Hellwig, de 1900 y otras. Ya IHERING sostenía que en el Derecho Romano, en el tiempo de mayor esplendor, se reconocía una tutela *erga omnes* del acreedor.

(7) BARBERO, *Ancora sulla responsabilità extracontrattuale per lesione di rapporto personale*, in Foro Pad., 1952, III, p. 67.

(10) APARICIO, *ob. cit.*, p. 63.

vía de configurar el “derecho del acreedor” como uno que tiene por objeto los bienes del deudor —teoría denominada patrimonial⁽¹⁾).

C) El contrato.

Finalmente, en lo que hace a la conceptualización del contrato, tema vinculado íntimamente a los anteriores, la pretendida eficacia relativa ha sido puesta en tela de juicio hace casi cincuenta años por Savatier, quien le niega, en sí mismo, casi todo sentido útil y considera particularmente peligroso el tomarla al pie de la letra⁽²⁾. Afirma el jurista francés: “El artículo 1165 (similar a nuestro 1195), es el testigo de una concepción puramente individualista, del derecho de las obligaciones. Parte de la idea de que los negocios de cada uno sólo le conciernen a él mismo, que los administra libremente y que la sociedad y los terceros no tienen por qué ocuparse de ellos. Esta concepción simplista de una libertad absoluta del individuo no toma suficientemente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más esta sociedad se civiliza y se complica, más se multiplican los mencionados lazos y se consolidan. La evolución actual del derecho patrimonial se asienta, en gran parte, en la conciencia cada vez más difundida entre los juristas modernos, de que los nego-

⁽¹⁾ Para BUSNELLI —*ob. cit.*, p. 8— el primer camino, la absolutización del derecho creditorio, es una solución “infundada y equívoca”, que crea una “superestructura inútil”, a la vez que desconoce al crédito como situación jurídica subjetiva autónoma y lo coloca como dependiente de un derecho absoluto, de contorno evasivo y fantasioso; el segundo, acentúa la relevancia de la “responsabilidad” sobre el “débito” —ambos elementos de la obligación— al punto de configurar el crédito como “poder de control, primero, y de agresión, luego, respecto del patrimonio del deudor”, o, al decir de ROCCO, un “derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor”.

⁽²⁾ SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 1934, p. 525 y ss.

cios de cada uno, aparte de su aspecto individual, tienen asimismo un aspecto social. Es necesario, pues, reconocer que ellos no conciernen solamente a aquel que los ha otorgado, sino, además, desde cierto punto de vista, a la sociedad y, como consecuencia, a los terceros" (13).

Busnelli, a su turno, distingue dos aspectos en el contrato: "el uno externo y estático, de hecho jurídico atributivo de situaciones subjetivas, que como tal debe ser respetado por todos. El segundo, corresponde al contrato en su estructura interna de acto jurídico que sólo tiene eficacia para ciertos sujetos predeterminados por la ley (las partes y, en casos excepcionales, algunas categorías de terceros particularmente calificados)" (14).

Para Bellini, si bien los terceros tienen el derecho de no ser perjudicados por las relaciones particulares, tienen el deber de considerar el contrato como un *incancellabile dato di fatto*, reconocerlo como tal y no turbarlo. "Se trata de una extensión lógica del genérico deber *neminem laedere*, en cuanto si es cierto que los terceros no deben irrogar lesión a los derechos ajenos, es también verdadero que no deben lesionar las fuentes de esos derechos, esto es, los *status* y las relaciones jurídicas" (15).

En la doctrina francesa Jacques Ghestin ha podido afirmar que "paralelamente a la creación de créditos y de deudas para los contratantes, el contrato es consi-

(13) En la vereda de enfrente, claramente opuesto a estas ideas, encontramos las de FEDELE —*ob. cit.*, p. 288— para quien el principio clásico *res inter alios acta tertio neque prodest*, que afirma que los contratos importan para los terceros algo extraño o ajeno a ellos que no les alcanza, significa convertir al contrato en un terreno en el cual los terceros pueden libremente aventurarse, un campo franco para ellos, quienes pueden hacer todo aquello que sería lícito si la *res inter alios acta* no existiese; o también se sostiene que ese principio es un impedimento insuperable para la admisión de la lesión del crédito por obra de un tercero.

(14) BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 147.

(15) BELLINI, *ob. cit.*, p. 191.

derado, cada vez con mayor intensidad, en tanto que hecho social...; hoy en día, la jurisprudencia, ante la complejidad de las relaciones contractuales, admite, de manera general, que los contratos puedan, en tanto que hechos sociales, ser opuesto a los terceros por las partes y, asimismo, ser opuesto por los terceros a las partes. Por ello es posible verificar que los desarrollos contemporáneos extienden las consecuencias propiamente jurídicas del contrato con respecto a los terceros...; esta atenuación del efecto relativo de los contratos aumenta o disminuye su fuerza obligatoria, a la vez que restringe la libertad contractual, pues traduce la declinación de la autonomía de la voluntad" (16).

Para Geneviève Viney "la responsabilidad delictual interviene muy a menudo en la actualidad, para sancionar la inejecución o la mala ejecución de un contrato, cuando ello es debido al hecho de un tercero" (17) o bien causa perjuicios a un tercero (18).

(16) GHESTEN, *ob. cit.*, Nº 155, p. 113. (*Le contrat*, t. II).

(17) VINEY, G., *La responsabilité*, en el *Traité de Droit Civil*, t. IV Nº 201, p. 236 y ss. Enseña esta eminente jurista, profesora de la Universidad de París, que no han faltado voces alzadas para indicar que semejante posibilidad de violación del contrato por un tercero, choca con la relatividad consagrada en el art. 1165, que limita los efectos a las partes que han concurrido a la formación del negocio. Sobre el particular remite a STARCK, B., *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui*, J.C.P., 1954, I, 1180, Nº 5 y ss.; GINOSSAR, S., *Liberté contractuelle et droit des tiers*, L.G.D.J., 1963, Nº 1 y ss.; LALOU, H., 1382 *contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers a l'égard d'un contractant et d'un contractant á l'égard d'un tiers*, D.H., 1928, p. 69 y ss.

(18) El esquema de la profesora VINEY tiene importancia para la comprensión del tema y, muy en especial, en el caso que nos ocupa; se distingue: a) el contrato que celebran las partes A y B, para perjudicar a C; b) el perjuicio que causa C (vuelto ahora victimario) al contrato celebrado entre A y B, sea con la complicidad de uno de ellos, sea al margen de las partes. La doctrina francesa se empezó a ocupar de la segunda situación a partir de la obra de HUGUENY —*De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, París, 1910—, y lo sigue haciendo hasta el presente; BERTRAND, F., *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. París, 1979; la jurisprudencia nunca dudó de la

También en el derecho anglosajón, del *common law*, el tema ha sido seriamente considerado, pudiendo citarse precedentes valiosos y plurales (19).

Hemos visto ya, para concluir este párrafo inicial, que la doctrina argentina no ha permanecido extraña a la cuestión, insensible ante su problemática; lo cual se pone de manifiesto tanto en obras especializadas (20), como generales sobre el contrato (21).

responsabilidad del tercero, aunque hesitara acerca de la naturaleza y el fundamento de semejante responsabilidad —acción pauliana, concurrencia desleal, abuso del derecho, fraude, etc.—. En cuanto a la primera situación, admitida de largo tiempo atrás por la Corte de Casación francesa y por la jurisprudencia belga, se mencionan los casos siguientes: a) las víctimas por rebote o “carambola” de la inejecución de un contrato que les es extraño; como ocurre, por vía de ejemplo, con los terceros perjudicados por la inejecución del contrato de transporte que a la vez que daña al transportado, lesionándole o impidiéndole llegar a destino, daña al tercero acreedor, respecto del transportado, de una obligación de hacer; b) los terceros víctimas de los defectos de la cosa; se trate del transeúnte dañado por el derrumbe de un inmueble, que importa mala ejecución del contrato de construcción; se trate del consumidor de una mercadería mal fabricada, adquirida al comerciante intermediario, que pretende accionar contra el productor que incumplió su contrato con el adquirente originario (intermediador); c) los cointervinientes en una actividad común; es el caso, muy frecuente, de la construcción de un edificio, con participación de pluralidad de contratistas, que tiene, cada uno de ellos, una actividad específica a su cargo; el incumplimiento por parte de alguno de ellos, con el contrato celebrado, puede ocasionar perjuicios a otros, que verán dificultada o imposibilitada su labor.

(19) Que pueden consultarse en las obras de HARPER y JAMES, *The Law of torts*, I, Boston - Toronto, 1956, p. 491 y ss.; PROSSER, *Hand-book of the Law of Torts*, St. Paul, 1971, p. 929; y en la obra de ZICCARDI, Fabio, *L'induzione all'inadempimento*, edit. Giuffrè, Milano, 1975.

(20) MORONI PETIT, *Responsabilidad del tercero por la lesión del derecho de crédito*, Córdoba, 1968; APARICIO, *ob. cit.*, Bs. As., 1974. El tema fue considerado en las Terceras Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en 1967 sobre la base de las ponencias presentadas por Moroni Petit, Moisset de Espanés, Aparicio y quien esto escribe.

(21) En nuestra obra sobre *Contratos*, edit. Ediar, Bs. As., 1978, expresamos con claridad: “Los terceros pueden invocar la existencia del contrato, las obligaciones engendradas, su incumplimiento, etc., y no tienen derecho a desconocer tales vínculos, a pretender ignorarlos; menos aún a interferir en el derecho de crédito”. En la nota explicitamos que esa

3. LA PROTECCION AQUILIANA DEL CONTRATO

Este aspecto, que siguiendo a Ziccardi hemos denominado "la protección aquiliana del contrato", tiene que ver con el fundamento jurídico de la protección y, por tanto, con la responsabilidad que se sigue de la transgresión.

Esquematisando la cuestión puede afirmarse que, entre las partes celebrantes y con motivo de los efectos nacidos del negocio, la responsabilidad es contractual; frente a las partes, por hechos originados en el obrar de un tercero, que no viola claro está, relaciones en cuya creación ha intervenido, sino relaciones que le son meramente oponibles, la responsabilidad es extracontractual (22).

dimensión se denomina, en la doctrina moderna, oponibilidad. También en *Responsabilidad por Daños*, edit. Ediar, Bs. As., 1971, nos detenemos a considerar el "daño a las relaciones jurídicas creditorias" —Nº 74, p. 181 y ss.— haciéndonos cargo de los argumentos contrarios a la responsabilidad del tercero, entre ellos los expuestos por MESSINEO: a) la índole del daño, que es, a su juicio, indirecto o mediato; y, b) la falta de un verdadero derecho subjetivo del acreedor frente al tercero, que vendría a lesionar un mero interés jurídico lícito, un interés de hecho.

(22) No se concibe que un tercero pueda invocar la responsabilidad contractual; los criterios que lo pretenden, por ejemplo en la cuestión del contrato entre A y B, inejecutado con perjuicio para C, invocan la figura del contrato a favor de tercero (art. 504) o bien caen en posturas ficcionistas. La fundamentación no cambia por el hecho de mediar complicidad en la violación, en el caso que nos ocupa; o sea cuando el contrato entre A y B es violado por el hecho de C en complicidad con B; la responsabilidad será contractual para B y extracontractual o aquiliana para C. No olvidemos que en virtud de lo dispuesto por el art. 1107 no puede, en nuestro derecho, acogerse el victimario al "cúmulo" ni ejercer la "opción"; vale decir que le está vedado a la víctima mezclar las normas de los sectores de responsabilidad —contractual u obligacional y extracontractual o aquiliana— para luego seleccionar las que considere más conveniente a sus intereses; como tampoco puede elegir entre la preceptiva de un sector y la del otro. La responsabilidad es, por sus caracteres, contractual, u obligacional si se trata de obligaciones nacidas de otras fuentes (art. 499) o es aquiliana.

A) Los presupuestos.

Su fundamento no es otro que el daño injusto causado a uno de los contratantes o sea la violación del deber jurídico de no dañar, explicitada en el artículo 1109 del Código Civil: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio". Es claro que debe existir un daño cierto, pero en nuestro Derecho puede este detrimento ser una consecuencia inmediata o mediata, directa o indirecta, mercediendo en ambos casos la reparación (arts. 1068, 1069 y concordantes). Es la consagración del principio de la reparación integral. Y también es verdad que ese daño debe ser el resultado de un obrar injusto, antijurídico; empero, todo quehacer dañoso lo es, al menos en principio, salvo que se pruebe un "derecho a dañar". Y debe mediar una relación de causalidad adecuada entre el obrar del tercero, ajeno al contrato y a sus efectos, y el daño, que se dice consecuencia (artículo 906). Y, por último, debe mediar una imputación, una atribución del comportamiento, con base en un factor subjetivo: culpa o dolo (23).

B) La culpa.

Sobre este último presupuesto de la responsabilidad se han expuesto, en el tema que nos ocupa, además de la posición reseñada, las dos extremas: la exigencia, como factor exclusivo de imputación, del dolo, o sea de la intención de causar un daño (art. 1072); y, por el otro lado, la posibilidad de fundar la atribución en el riesgo creado con la injerencia del tercero.

Para unos, no es justo imputar negligencia o imprudencia a quien puede muy bien, sin que nada le sea

(23) Son los presupuestos de la responsabilidad civil, comunes a ambos sectores, sin perjuicio de la admisión de una responsabilidad con base en el riesgo creado.

reprochable, ignorar la existencia del contrato o bien creer que el contrato que existía dejó de existir, porque se extinguió, sea por rescisión unilateral, por resolución, acuerdo de partes o lo que fuere; esta cuestión tiene particular importancia en la especie jurisprudencial que examinamos. De ahí que esa corriente, que al decir de Viney está apoyada por “una jurisprudencia abundante” y “aprobada por una doctrina casi unánime (24), subordina la responsabilidad del tercero a la “prueba de su mala fe, es decir de su conocimiento efectivo del contrato a la violación del cual ha contribuido” (25).

Para otros, los partidarios de ampliar la atribución hasta comprender la imputación objetiva, se trata de hacer soportar la reparación del daño causado a quien, cualquiera sea su situación subjetiva o de conciencia, se ha entrometido en un ámbito que le está vedado, ha violado un deber de abstención y debe, por ello, cargar con las consecuencias. Algo similar a lo que acontece con la violación de la esfera de intimidad o de privacidad (art. 1071 bis), donde la responsabilidad es sin culpa.

En nuestro Derecho la solución debe buscarse en la norma recordada del artículo 1109: es excesivo exigir la prueba del dolo o de la mala fe a la víctima, como

(24) VINEY, *ob. cit.*, p. 246. En la doctrina argentina leemos en APARICIO que “algunos supuestos especiales de lesión al derecho de crédito requieren el dolo o la mala fe del agente para que puedan dar lugar a su responsabilidad. Pero también existen otros casos en los que puede nacer la obligación de indemnizar al acreedor perjudicado, cuando tan sólo ha mediado culpa del tercero responsable o cuando se da un factor de atribución de responsabilidad objetiva”, *ob. cit.*, p. 98. Para este jurista, en consecuencia, depende de cada situación la admisión de tales o cuales factores de atribución.

(25) Es la opinión, en la doctrina francesa, de STARCK, LALOU, DALLANT y otros. Para GINOSSAR la responsabilidad del tercero se funda sobre la noción de “fraude”, que origina un “delito especial”.

también lo es, con el signo opuesto, conformarse con la mera intromisión; debe mediar culpa, en cualquiera de sus tres rostros, y como ubicamos la cuestión en la esfera extracontractual, la prueba es a cargo de la víctima del hecho del tercero.

Agregamos un comentario más: no puede haber intromisión en la esfera contractual sin conocimiento de la existencia de ese contrato; ya sea que ese conocimiento sea real —que efectivamente se supiera a ciencia cierta— ya que ese conocimiento debiera existir —conoció o pudo conocer— obrando con cuidado y previsión. La buena fe, que no es privativa de las relaciones contractuales, sino que impera en el comportamiento social y, en particular, en el ámbito de las abstenciones frente a los derechos ajenos, se juzga “de acuerdo con lo que (las personas) verosíblemente... entendieron o pudieron entender...” (art. 1198, 1ª parte).

De ahí a presumir conocimientos; a imaginar negligencias frente a negocios absolutamente extraños, hay un gran abismo. De donde la cuestión no puede resolverse sin atender, como lo ordena el artículo 512 y lo expresa su nota, a las particularidades de cada caso, a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, y a toda otra que ilustre sobre la situación en examen.

4. VIOLACION DEL DEBER GENERICO DE ABSTENCION

Bajo este acápite vamos a considerar lo relativo a la extensión o alcances de esta responsabilidad.

Puede afirmarse con verdad que el *neminem laedere* es la expresión de un principio que se orienta a la tutela de la esfera jurídica de una persona, por entero, y no solamente a la protección de sus derechos, absolutos y relativos, sino de su capacidad, posición, cualidades, in-

tereses jurídicos (26). De donde, son todos los aspectos o sectores de esa esfera jurídica los que pueden ser atacados por el obrar del tercero, y de ahí que podamos distinguir:

- 1) La lesión al contrato, como consecuencia mediata de actos que afectan directamente a la persona del deudor;
- 2) La lesión al contrato, como consecuencia mediata de actos que afectan directamente el derecho de propiedad del contratante, sobre la cosa que es el contenido de la prestación (objeto de la obligación nacida del negocio); y,
- 3) La lesión al contrato como consecuencia inmediata de actos que afectan el derecho de crédito de uno de los contratantes.

A) Actos que afectan la persona.

Son las dos últimas hipótesis las que interesan para la resolución del caso que comentamos. La primera, muy estudiada en la doctrina italiana, se origina en actos ilícitos tales como homicidio (arts. 1084 y 1085); lesiones (art 1086); privación de la libertad individual (art. 1087), y otros similares, de los que es autor el tercero y víctima uno de los contratantes. De allí que el otro contratante, cuando es acreedor de una prestación de hacer personalísima, de aquellas que tienen en cuenta la habilidad, destreza, conocimientos, arte, ciencia, etc., infungible por ende, se vea privado de la ejecución del contrato y quede legitimado para reclamar la reparación de los daños sufridos (27).

(26) SANTI ROMANO, *Frammenti*, p. 103 y ss.

(27) Otra es la situación frente a las prestaciones de dar, que, al menos en principio, no se ven alteradas por los daños que sufra el deudor, y lo mismo ocurre con las de no hacer. Sobre el tema, la obra de APARICIO, *ob. cit.*, p. 103 y ss.

Téngase en cuenta la prescripción del artículo 1079: “La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado (el muerto, el lesionado, secuestrado, etc.) directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”. Son, precisamente, las hipótesis del damnificado indirecto.

El daño existirá, en múltiples casos. Apunta Bellini que “tal perjuicio —sufrido por la extinción de una obligación *intuitu personae*— es susceptible de ser, en algunos casos, pronta y rápidamente corregido, con sólo dirigir el interés a otra persona y convertirla en sujeto pasivo del mismo” (28). Es verdad. Empero no siempre será así; en múltiples hipótesis la dificultad de llenar la vacante, de suplantar al artista, de buscar reemplazante a la estrella del cine o del fútbol, será causa de un estimable perjuicio económico.

La prueba más interesante, descontada la causalidad física entre el hecho en sí y la prestación debida, es la relativa a la causalidad jurídica, a la previsibilidad que está en su base: ¿el autor del ilícito contra la persona, previó o pudo prever las consecuencias dañosas?; ¿media causalidad adecuada? Pensamos que sí. Que quien atenta contra la integridad física o la salud o la vida de una persona no puede, de manera alguna —sea su obrar doloso o culposo— ignorar o descartar daños semejantes...

B) Actos que afectan la propiedad.

La segunda hipótesis se plantea con los daños a los derechos absolutos, en particular al derecho de propiedad. Interesa señalar, liminarmente, que la doctrina

(28) BELLINI, *ob cit.*, p. 1196.

tanto francesa como italiana parecía inclinada, en los primeros tiempos, a vincular la responsabilidad por actos ilícitos a la violación de derechos absolutos y, en cambio, la nacida de la transgresión de derechos relativos relacionarla con la responsabilidad contractual.

Esta afectación del “derecho de propiedad” del contratante, por obra de un tercero, puede ocurrir, ya sea cuando lo afectado es la “cosa”, contenido de la prestación, porque el tercero la destruye o deteriora —siendo ella infungible— ya cuando el tercero —el Estado— la saca del derecho de dominio del deudor, sobre la base de una enajenación forzosa del Derecho Público o expropiación (aunque allí el obrar es lícito por parte de este tercero); ya cuando un tercero, fuere un *falsus procurator* o un enajenante *a non domino*, le hace perder el derecho de dominio sobre la cosa debida, sin posibilidad de retornar al *statu quo* anterior, con base en los artículos 1051, 2412, siguientes y concordantes (29).

Las hipótesis señaladas son, en rigor, supuestos de imposibilidad sobreviniente, respecto del cumplimiento de la prestación, sin culpa del contratante - deudor: no puede cumplir porque la cosa pereció o bien se la quitaron...; son los delitos de hurto (arts. 1091 y 1092); de usurpación de dinero (art. 1093); de “daño por destrucción de la cosa ajena” (art. 1094), que acuerdan derechos al dueño y, además, a todo aquel que demues-

(29) Se agregan los casos de “pago a quien está en posesión del crédito”, acreedor putativo o aparente, a quien, de conformidad con el art. 732, se paga válidamente: “El pago hecho a quien está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda”. Y así mismo, el caso de la circulación de créditos, que legitima el cobro por quien está en la tenencia del mismo: es válido el pago efectuado al poseedor legitimado del título, aunque no sea su propietario. YADAROLA, *Títulos de crédito*, Buenos Aires, 1961, p. 204.

tre haber sufrido un perjuicio como consecuencia de tales ilícitos (arts. 1095 y 1079 del Cód. Civil ⁽³⁰⁾).

Como se observa, la intervención del tercero puede consistir en actos materiales o en actos jurídicos, al menos en apariencia.

C) Actos que afectan el crédito.

La delimitación entre los supuestos de la hipótesis precedente, afectación al dominio con consecuencias sobre el derecho de crédito, y de la actual, afectación directa al derecho de crédito, nacido del contrato, no son nada claros y precisos. De donde se explica que alguna doctrina ubique las enajenaciones y adquisiciones *a non domino* —o sea aquellas circunstancias en cuya virtud el titular de un derecho real queda privado del mismo, a raíz de un acto jurídico ilegítimamente realizado por un tercero ⁽³¹⁾— como un caso de lesión inmediata al derecho de crédito ⁽³²⁾. Preferimos ubicarlo donde lo hicimos, en consideración a que los efectos se producen sobre el derecho real de dominio, en primera y principal instancia.

⁽³⁰⁾ La doctrina italiana desarrolla, con motivo de estos supuestos, la teoría del *commodum repraesentationis* o *commodum subrogatus*, en cuya virtud el acreedor cuyo derecho a pretender la cosa objeto de la prestación, resulta insatisfecho por la sobrevenida imposibilidad no imputable al deudor, puede obtener todo aquello que en calidad de subrogado de la prestación frustrada, ingresó o pueda ingresar en el patrimonio del deudor, liberado por la imposibilidad advenida sin su culpa. APARICIO, *ob. cit.*, p. 152.

⁽³¹⁾ CARIOTA FERRARA, *Il negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936; SACHLESSINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1960; SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Turin, 1959; MENGONI, *L'acquisto a non domino*. Milano.

⁽³²⁾ APARICIO, *Responsabilidad del tercero*, p. 175 y ss. Para BUSNELLI —*ob. cit.*, parte segunda, p. 171 y ss.— la cuestión depende del "punto de incidencia": la persona del deudor, la cosa debida o la posición jurídica del acreedor. Es interesante señalar, asimismo, la posibilidad de un incumplimiento nacido del hecho de un tercero, consistente en un engaño —CARRANZA, JORGE A., *El dolo en el Derecho Civil y Comercial*, edit. Astrea, Bs. As., 1978, p. 77 y ss.— en violencia física o intimidación.

Reservamos para este acápite las hipótesis de complicidad del tercero con el contratante deudor, sea en un contrato con prestaciones exclusivas a su cargo, sea en uno de prestaciones recíprocas, como es la compraventa; entendemos que allí sí, lo afectado, por quien es el sujeto pasivo de la relación nacida del contrato, es el crédito, de manera directa o inmediata.

Entre los ejemplos que se citan por la doctrina nacional y extranjera, podemos mencionar:

- 1) El relativo a la ruptura arbitraria del contrato de trabajo o *débauchage*; se da cuando el dependiente —contratante— en complicidad con un patrón nuevo - tercero, acepta el trabajo que éste le ofrece. El caso es también común en la jurisprudencia inglesa ⁽³³⁾.
- 2) La violación de una obligación de “no competencia”; se da cuando el vendedor del fondo de comercio, por lo común, obligado a no instalarse, lo hace, se instala, en complicidad con un tercero que es socio aparente o real de una nueva empresa constituida al efecto ⁽³⁴⁾.
- 3) La violación de la promesa de venta o boleto de compraventa, sobre la base de la venta por escritura pública a un tercero cómplice ⁽³⁵⁾, del bien prometido al contratante burlado.

⁽³³⁾ VINEY, *ob. cit.*, p. 238, N° 203; la cuestión está contemplada en Francia en el *Code du travail*, L. 122-15. Para el Derecho anglosajón la obra de ZICCARDI, que contiene varios *labour cases*, denominados en el derecho italiano como *casi di boicottaggio e controversie di lavoro*.

⁽³⁴⁾ VINEY, *ob. cit.*, p. 239; esta jurista cita, igualmente, los casos de personas que se asocian, a sabiendas, a la violación de una cláusula de exclusividad, de un contrato de integración, de una prohibición de exportación, de una cláusula de venta a precio fijo. El derecho anglosajón conoce casos de naturaleza concurrencial, como también casos societarios o del tráfico inmobiliario. ZICCARDI, *ob. cit.*, p. 7 y ss.

⁽³⁵⁾ Es una hipótesis de conflicto de intereses entre varios acreedores del mismo bien; recordemos que el tema está tratado, en nuestro derecho,

- 4) La venta por escritura pública de un bien inmueble, antes de su inscripción en el registro inmobiliario (art. 2505); que aparece burlada, en los de-

en los arts. 594, 595, 596 y 599 del Cód. Civil, respecto de los inmuebles. Son dos los principios rectores de la cuestión: a) el primero, consagrado en forma genérica por el art. 3269 y específica por el 594, otorga preferencia al acreedor que primero ha sido puesto en la posesión de la cosa, siempre que hubiere tenido buena fe cuando se le efectuó la entrega; dicha buena fe que significa no haber tenido conocimiento de la existencia de una obligación anterior contraída en favor del primero (art. 592), debe existir al momento de producirse la tradición de la cosa (art. 3269); la buena fe es, por lo demás, presumida por la ley (art. 2362) y, por lo tanto, quien pretenda la preferencia debe probar la mala fe; b) el segundo, establece que en caso de no existir tradición de la cosa, prevalece el derecho del acreedor con título más antiguo; el art. 596 alude, al final, al acreedor "cuyo instrumento público sea de fecha anterior". De donde, cuando la colisión se presente entre dos instrumentos privados, de los cuales resulte el derecho a obtener la escritura pública y la tradición, entre dos "boletos", prevalece el instrumento privado de fecha más antigua; sin dejar de lado lo relativo a la fecha cierta (art. 1035), necesaria para la oponibilidad del instrumento a terceros. Si ninguno de los instrumentos tiene fecha cierta, prevalecerá el acreedor que primero logre obtenerla. Luego de la Reforma de 1968, al art. 2505, es lícito preguntarnos: ¿cuál es la trascendencia de la inscripción registral en el régimen de preferencias? El tema divide a la doctrina. Mientras un sector, CAZEAUX y otros, otorgan preferencia al acreedor con instrumento público inscripto en el registro, frente a otro de título anterior pero no inscripto; otro sector afirma, con razón, que quien tiene escritura pública y reúne los modos exigidos, tradición e inscripción, es ya verdadero dueño, postergando al acreedor. Es la opinión de LLAMBÍAS y BUSSO. Puede consultarse el Código Civil Comentado de BELLUSCIO y ZANNONI, t. 3, p. 40 y ss. La cuestión también se plantea en la doctrina francesa; en particular respecto de la transmisión de derechos reales inmobiliarios, sometidos a las reglas de la publicidad fundiaria; VINEY recuerda la evolución de la jurisprudencia en la materia: 1) en el siglo XIX se negaba al titular de un derecho no inscripto toda posibilidad de oponerse y hacer prevalecer su derecho en caso de concurrir con un titular inscripto; 2) si bien se daba una excepción, en el caso de concierto fraudulento entre el enajenante y el segundo contratante, los tribunales sostenían que el simple conocimiento de la existencia de un contrato anterior no significaba que hubiera tal concierto fraudulento, entre el segundo adquirente y el enajenante; y, 3) por fin, en un caso muy importante del 22 de marzo de 1968, la Cámara Civil Segunda admitió que el hecho de obstaculizar la ejecución de un contrato, no inscripta o publicada, pero que era conocida, haciéndose otorgar un derecho concurrente sobre el mismo bien e inscribiéndolo, constituye una culpa que debe ser sancionada con la inoponibilidad del segundo contrato al beneficiario del primero.

rechos del comprador, por una venta posterior, a favor de un tercero - cómplice, inscripta con anterioridad a aquélla (³⁶).

En todos estos casos —entre los cuales, como puede fácilmente observarse no figura el de nuestro comentario— la actuación del tercero ha sido decisiva; ello no quita que pueda, sobre la base de la generalización de la idea, encontrarse responsabilidad en un tercero que se limita a inducir, aconsejar o facilitar la violación del contrato.

5. LA INDUCCION AL INCUMPLIMIENTO

Sin perjuicio de volver sobre la coautoría o complicidad, nos detendremos en este párrafo en la inducción al incumplimiento.

Inducir es instigar, persuadir; mover a uno a la realización de tal o cual acto.

A) Derecho penal.

Para la doctrina penal “instigador es el que determina dolosamente a otro la comisión de un delito doloso” (³⁷). Es, en palabras de Terán Lomas, “una insinuación hecha a otro para persuadirlo de que cometa un delito en su exclusiva ventaja” (³⁸). El profesor del Litoral nos recuerda que para Carrara el concepto es amplio, ya que comprende el consejo, el encargo, la orden, el constreñimiento y la asociación (³⁹). El Có-

(³⁶) VINEY, *ob. cit.*, p. 241; ZICCARDI, *ob. cit.*, p. 11; BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 257.

(³⁷) ZAFFARONI, E. R., *Teoría del delito*, edit. Ediar, Bs. As., 1973, p. 664; N° 29 f.

(³⁸) TERÁN LOMAS, R. A., *Derecho Penal, Parte General*, edit. Astrea, Bs. As., 1981, p. 162, N° 392.

(³⁹) CARRARA, *Opúsculos*, I, N° 243, p. 362.

digo Penal, artículo 45, equipara el instigador al autor en cuanto a la pena del delito: "En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

B) Derecho civil.

Para el Derecho Civil, artículo 1081: "La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal".

La misma solución se prevé, luego de la Reforma, para los coautores de un ilícito culposo o cuasidelito (art. 1109 del Código Civil) (40).

La solidaridad civil, obligación de pagar la reparación debida en su totalidad, se explica si se tiene en cuenta la intención del instigador, su actuar doloso, y el grado de importancia de su intervención, reflejado claramente en la sanción penal. La norma del artículo 1081, recordada, parifica la situación del instigador, en el caso que nos ocupa, del consejero que lleva a la inejecución del contrato al contratante deudor, con la del autor.

6. COMPLICIDAD O COLUSION EN EL INCUMPLIMIENTO

La complicidad es claramente distinguida por la doctrina penal de la instigación. Cómplice es "el que presta auxilio o coopera dolosamente en el injusto doloso de otro" (41). Para Terán Lomas es cómplice o cae en complicidad quien "auxilia o coopera en el acto

(40) La doctrina civilística discute si la responsabilidad solidaria alcanza o no al "encubridor". REZZÓNICO, *Obligaciones*, t. II, edit. Depalma, Bs. As., 1961, p. 1427, nota 21.

(41) ZAFFARONI, *ob. cit.*, N° 29 g., p. 667.

delictivo ajeno" (42). Para Núñez "es una contribución no ejecutiva al tipo delictivo, para que el delito se cometa, mediante aportes anteriores o simultáneos del hecho" (43).

Los cómplices se clasifican en "primarios o necesarios" y en "secundarios". Los primeros son los que prestan al autor o autores un auxilio o una cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el hecho. Su aporte es esencial, causalmente indispensable, imprescindible (44). Los segundos cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho (art. 46 del Código Penal). Su cooperación puede ser: "a la ejecución" o "posterior a la ejecución". La primera, que es la que ahora nos interesa, puede ser incluso "complicidad por participación en actos preparatorios, siempre que se llegue a la etapa de ejecución" (45).

7. LOS HECHOS INDUCTIVOS

De lo expuesto se deduce que la intervención del tercero, en complicidad con el contratante deudor de la prestación, para producir el incumplimiento, puede asumir, sea a título de instigación, consejo o complicidad, las más variadas actitudes, los comportamientos más dispares, imposibles de catalogar exhaustivamente.

En ocasiones serán meros hechos materiales, en otras oportunidades actos jurídicos o bien actos francamente ilícitos, de intervención directa o de intervención indirecta, orientados siempre a la frustración del negocio.

(42) TERÁN LOMAS, *ob. cit.*, N^o 388, p. 157.

(43) NÚÑEZ, *Manual*, 3^a edic., p. 299.

(44) TERÁN LOMAS, *ob. cit.*, N^o 389, p. 158.

(45) ZAFFARONI, *ob. cit.*, 29. g. 2., p. 668.

A) Los contratos.

La hipótesis más interesante —e íntimamente relacionada con la especie judicial que comentamos— se configura con la actividad colusoria con base en un contrato celebrado por el tercero con el contratante deudor, que importa un menoscabo al derecho del acreedor. Ese contrato puede ser el definitivo, una compraventa por escritura pública⁽⁴⁶⁾; puede ser un contrato preliminar; o bien otro tipo de contrato preparatorio, como es el de corretaje, destinado a intermediar en la búsqueda de quien quiera contratar directamente con el interesado.

B) La nulidad.

Para la doctrina francesa, como estos contratos encierran un verdadero acuerdo fraudulento del deudor y del tercero cómplice, en perjuicio del contratante acreedor, dan lugar a una verdadera acción genérica de fraude en favor de este último, derivada del principio *fraus omnia corrumpit* (47). Y de ahí que ciertas decisiones judiciales hayan pronunciado la nulidad del segundo contrato, lo cual aparece como una forma de “reparación en natura” (48).

8. LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO

Hemos anticipado ya que la responsabilidad del tercero no puede ser contractual, puesto que no es parte en el contrato violado. Digamos ahora que, sin em-

(46) Definitivo en lo que hace a la transmisión del dominio (artículo 1184, inc. 1º); dado que el boleto es ya contrato definitivo pero sólo en lo obligacional.

(47) Es el criterio expuesto por DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, París, 1923, t. VII, p. 516; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1927, Nº 168, p. 300; BOULANGER, J., *Conflits entre droits qui ne sont pas soumis à publicité*, en *Revue Trim.*, 1935, p. 570.

(48) SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile*, Nº 147.

bargo, no faltan voces en este sentido, responsabilidad de naturaleza contractual; se invocan los argumentos siguientes:

- a) Su carácter accesorio de la del autor principal —*d'emprunt*, para la doctrina francesa— y por ello, porque es calcada sobre otra, participa de su naturaleza (⁴⁹);
- b) Se sostiene que media complicidad del tercero con el deudor, pero orientada a la violación del deber de éste, el deudor, que es de naturaleza contractual (⁵⁰); y,
- c) No faltan quienes, parangonando la situación con el “contrato a favor de tercero”, aluden a un contrato “con obligaciones para un tercero”, que lo fuerzan á *ne pas entraver son execution* (⁵¹).

A) Ambas contractuales.

Las razones recordadas son, sin lugar a dudas, insuficientes. El tercero viola, como hemos tratado de demostrar, un deber de abstención que le es propio y de allí que su responsabilidad posea una naturaleza distinta a la del contratante violador o incumplidor. El contrato, en orden a sus efectos propios, no le alcanza; y son esos efectos los violados por el principal, que lo ubican en la responsabilidad contractual.

B) Ambas extracontractuales.

Empero, tampoco faltan autores que unifican las responsabilidades del contratante y del tercero sobre la

(⁴⁹) DEMOGUE, *ob. cit.*, t. VII, Nº 1176, p. 599.

(⁵⁰) CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, en *Rivista di diritto Commerciale*, año 1915, p. 555.

(⁵¹) DEMOGUE, *ob. y lug. cit.*

extracontractual, aquiliana o por actos ilícitos, con base en las razones siguientes:

- a) La principal es ésta, la aquiliana, puesto que es violación del principio de “no dañar”, que se transgrede en ambos casos; y,
- b) Cuando se actúa dolosamente se excede el marco de lo contractual o bien queda abierta la puerta para la invocación, como opción, de la extracontractual ⁽⁵²⁾.

C) Responsabilidades de naturaleza diversa.

La tesis que nos parece válida es la que califica una y otra responsabilidad como de naturalezas distintas: contractual la del deudor y extracontractual la del tercero. Es la denominada de la coexistencia o convergencia de dos órdenes de responsabilidades distintas, originadas en un idéntico hecho y derivadas de la violación de dos deberes diferentes ⁽⁵³⁾.

Esta solución, la de la indemnización de los daños ocasionados al cocontratante, parece más justa y equitativa, al menos en buen número de casos —en particular frente a un segundo contrato en el cual la otra parte es de buena fe— que la tesis de la nulidad ⁽⁵⁴⁾.

D) Solidaridad imperfecta o “in solidum”.

Ambos, deudor y tercero, están obligados a la reparación de la totalidad del perjuicio ocasionado. Em-

⁽⁵²⁾ Esta idea tiene también sus propugnadores entre nosotros, en la interpretación de lo dispuesto por el art. 1107, última parte: “...si no degeneran en delitos del derecho criminal”. La norma alude al “derecho criminal” y no a los delitos civiles; sin perjuicio de abrir la opción en el caso que menciona.

⁽⁵³⁾ Es la pregonada, en la doctrina francesa por MAZEAUD - TUNG, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Bs. As., 1961, t. I, p. 198; SAVATIER, *ob. cit.*, t. I, Nº 147, p. 191; LALOU, *ob. cit.*, p. 69; BERTRAND, *ob. cit.*, Nº 152; p. 227; y otros. En la italiana, es la opinión de BUSNELLI, *ob. cit.*, p. 240.

⁽⁵⁴⁾ VINEY, *ob. cit.*, p. 246, Nº 208 y fallos allí mencionados.

pero, en virtud de ser sus respectivas deudas originadas en causas distintas, no se configura aquí la solidaridad (arts. 699 y ss. del Cód. Civil). No perdamos de vista que esta “identidad de causas” es uno de los requisitos para que se dé la solidaridad plena o perfecta, la legislada por el Código; tanto con su efecto principal —cualquiera de los deudores debe el todo, en caso de ser pasiva— como con sus efectos secundarios (arts. 707 y ss.), que originan la expansión o extensión de distintos hechos subjetivos y objetivos (⁵⁵).

Se configura, en cambio, la denominada obligación *in solidum* o de solidaridad imperfecta, llamadas también de obligaciones indistintas, convergentes o concurrentes, en cuya virtud se produce el efecto principal de la solidaridad —la posibilidad de reclamar el todo de la deuda a cualquiera— pero no los efectos secundarios de la misma (⁵⁶).

E) Limitaciones de la responsabilidad contractual.

Una cuestión interesante y de trascendencia, a la vez teórica y práctica, se plantea cuando la responsabilidad contractual aparece limitada por una cláusula destinada a ese efecto, o bien juega una cláusula penal por la cual se estipula una pena en previsión de un perjuicio o bien del incumplimiento de todas las prestaciones nacidas del negocio (⁵⁷). ¿Cuáles son los daños que

(⁵⁵) Nos ocupamos de las *Obligaciones exigibles por entero a varios deudores*, en el tomo I de esta obra, págs. 123 y ss.

(⁵⁶) BORDA, *Tratado, Obligaciones*, Nº 580, p. 663; LLAMBIÁS, *Tratado, Obligaciones*, t. II, Nº 1288, p. 597; etc.

(⁵⁷) Sobre el tema remitimos al trabajo inmejorable de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *La cláusula penal*, edit. Depalma, Bs. As., 1981. La autora distingue diversos contenidos: a) pena en previsión de un perjuicio determinado; b) de todos los daños; c) en previsión de un resultado; d) en previsión de una conducta determinada; e) en previsión del incumplimiento de una obligación; f) de la inejecución global. Recordemos que la cláusula penal importa una estimación anticipada de los daños, que juega frente a cualquier factor de imputabilidad.

pueden reclamarse al tercero? ¿Están éstos limitados por esa cláusula que es contractual y para jugar en la responsabilidad específica? ¿Pueden reclamarse mayores daños, al margen de la limitación recordada?

La cuestión es, por su complejidad, opinable. Para quienes consideran absorbida la responsabilidad aquiliana por la contractual, la contestación no ofrece mayores dudas⁽⁵⁸⁾. En cambio, para quienes predicán una absorción a la inversa, en sede extracontractual, tales cláusulas deben tenerse como no escritas. ¿Cuál es el criterio para los partidarios de la convergencia de dos órdenes de responsabilidades?

Nos parece difícil de admitir que limitada o preestablecida, en virtud de la pena, la responsabilidad del autor principal, pueda reclamarse al cómplice o al instigador un mayor perjuicio. Semejante solución contradice la justicia y la equidad⁽⁵⁹⁾.

De donde, en tales hipótesis, la responsabilidad del tercero, que seguirá siendo de fundamento aquiliana, estará, en el *quantum* o medida del resarcimiento, calcada sobre la contractual del contratante incumplidor.

9. EL CASO DE AUTOS

Y llegamos, finalmente, al examen del caso de autos, de sus particularidades. Es, a nuestro juicio, un caso nada común, que ofrece claras singularidades.

⁽⁵⁸⁾ Es la opinión de DEMOGUE, HUET y STARCK, en la doctrina francesa.

⁽⁵⁹⁾ BERTRAND, *ob. cit.*, N^o 151 bis. VINEY, *ob. cit.*, p. 248. Los clásicos agregarían que también contradice la lógica; empero, nos abstendremos de invocar este argumento dada nuestra discrepancia con quienes resumen o identifican lo jurídico con la lógica formal, en un juego de deducciones e inducciones; preferimos hablar, con RECASÉNS SICHES, del logos de lo razonable y dar preeminencia a las razones de equidad, es decir a las particularidades del caso, en la búsqueda del principal valor a que aspira el Derecho, la Justicia.

El caso es, en síntesis, el siguiente:

Un inmueble rural es prometido en venta por A, con la actuación como corredor de la firma C, a la otra parte B. Luego de esa promesa verbal de venta entre A y B, con la intervención del mismo corredor C, el inmueble es vendido por boleto a D.

El actor B demanda por daños y perjuicios, dirigiendo su acción contra A y contra C. Al primero le imputa inejecución del contrato y al segunda, el intermediador, violación de los deberes propios del corretaje.

A se defiende negando la celebración del primer contrato; alegando el fracaso de las tratativas por culpa del propio actor. C, por su parte, niega también la celebración del primer negocio y, además, niega su participación, como intermediador, en el segundo.

A) La decisión del Juez de Primera Instancia.

El Juez de Primera Instancia, sobre la base de las pruebas aportadas, luego de reconocer que hay dos demandados “no situados en idéntica posición”, llega a la conclusión que existió el acuerdo verbal de venta (artículo 1188) entre A y B; demostrado por prueba suficiente, facilitada por un “principio de prueba por escrito” (art. 1192, 2ª parte), y enfatiza en la necesidad de no confundir “título” e “instrumento”, que equivale a decir fondo y forma o, como ocurre generalmente, contenido y continente. Admite el Juzgador que el primer contrato se ha vuelto de cumplimiento imposible, por la buena fe del adquirente del segundo contrato —aunque esto no se dice expresamente— y de allí la necesidad de acoger la pretensión resarcitoria, subsidiaria, en la cual se “convierte, por efecto de su perpetuación”, la principal. En cuanto a los daños, se hace lugar a la reparación del “interés positivo”, lo “que hubiere obtenido

de haberse cumplido el contrato”, que se determina, a petición del actor, en la diferencia entre el precio del primer contrato y el convenido en el segundo, reajutable, con más el interés del 6 % anual ⁽⁶⁰⁾.

En cuanto a la situación del codemandado, la firma intermediadora, el Juez de Primera Instancia da por probado que actuó también como corredor en el segundo contrato, por lo cual, sostiene, “la responsabilidad sería de carácter contractual”. Juzga que su conducta posterior al primer negocio “contribuyó de manera decisiva a su frustración”, dado que el acercamiento con el segundo comprador fue obra directa del agente aludido, cumplida casi sin solución de continuidad —una reunión luego de la otra— y con pleno conocimiento del perfeccionamiento del primer negocio. A juicio del *a quo* el corredor actuante ha participado del ilícito que se configura con la venta del mismo bien a dos personas distintas (arts. 1329 del Cód. Civil y 108, inc. 1º del Código de Comercio).

Con acierto dice el Juzgador que los deberes del corredor “no terminan automáticamente con el acercamiento de las partes, sino que subsisten después de producido tal contacto y finiquitado el acuerdo, en virtud del principio de la buena fe contractual...”

Concluye condenando a ambos demandados, A y C, *in solidum*, por entender que cada uno debe responder por el total de la indemnización “en virtud de las

⁽⁶⁰⁾ Sobre “interés positivo” e “interés negativo”, puede consultarse la reciente y muy buena obra de ZANNONI, E. A., *El daño en la responsabilidad civil*, edit. Astrea, Bs. As., 1982, p. 81, Nº 25. En la misma obra se trata del daño producido a terceros como consecuencia del incumplimiento de un contrato, p. 138 y ss., Nº 44. ZANNONI cita el trabajo de YUNG, W., *La responsabilité envers les tiers lésés*, en *Estudios de derecho civil en homenaje del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, t. II, p. 613 y ss.

respectivas e independientes violaciones contractuales cometidas...”

B) La decisión de la Sala.

Para la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación de Rosario, que falla en segunda instancia, el contrato originario fue frustrado, en buena medida “...por la presencia simultánea de interesados a quienes el campo les fue ofrecido...”; hubo, a juicio de la Sala, “...causas concurrentes en la frustración”, entre ellas la intervención de la firma corredora; de ahí la relación causal entre esa gestión y el incumplimiento. El vocal del último voto alude a la existencia de “dolo malo” en el actuar del tercero e insinúa, siguiendo al Juez de Primera Instancia, la complicidad en la celebración de un segundo contrato de naturaleza ilícita.

10. OFRECIMIENTO A UN TERCERO DEL INMUEBLE YA VENDIDO

Compartimos el criterio de las decisiones que comentamos, coincidentes entre sí, respecto del fondo de la cuestión. Dejamos de lado, claro está, la apreciación de las pruebas aportadas por ambas partes en el proceso.

Nos parece que si el Tribunal estaba convencido de la celebración del primer contrato y de la frustración del segundo, merced, en buena medida, a la complicidad del tercero en los actos preparatorios —la búsqueda del segundo comprador— procedió conforme a derecho al dictar una condena *in solidum* a satisfacer los perjuicios causados.

Empero, la calificación o ubicación de la responsabilidad del tercero cómplice no es precisa —valga como

atenuante que se trata de un aspecto doctrinario aún sujeto a controversias—.

A) ¿Contractual o aquiliana?

Se dice que es contractual, porque importa violación de un contrato; no obstante, el contrato cuya violación se imputa al corredor es el celebrado por él con el primer comprador, y no, como podría creerse, la promesa de venta entre A y B. Y, por lo demás, se habla de violación sobre la base de la conducta “posterior” al negocio de corretaje.

Aquí nuestras disidencias.

En primer término, sin perjuicio de existir una violación de los deberes emergentes del corretaje, el contrato cuyo incumplimiento preocupa y cuyos daños se deben reparar, es el de compraventa. Y es ése el contrato a cuya inejecución colaboró el corredor. En esa violación es cómplice. Y a ese título, de cómplice, debe responder. O sea en la inejecución de un contrato ajeno, no del propio.

B) Los deberes post contractuales.

Luego, los deberes post contractuales, como el de no intervenir en un negocio respecto del mismo bien vendido en otro anterior, en el cual se ha intermediado, son deberes que nacen después de la extinción del contrato, de su agotamiento; al igual que los deberes de mantener el secreto, en otro tipo de contratos. Y si son deberes posteriores a la extinción del contrato, son deberes extracontractuales, cuya violación genera una responsabilidad aquiliana ⁽⁶¹⁾.

(61) MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, p. 364. Su fundamento se encuentra en la violación de deberes impuestos por la buena fe; en un actuar indudablemente abusivo.

11. LOS DEBERES DEL CORREDOR INMOBILIARIO

No es del caso argüir que semejantes deberes no están explícitamente consagrados. Ello no es de manera alguna necesario.

Quien ha intermediado, acercando a las partes en una compraventa o en una promesa, verbal o escrita, que para el caso es lo mismo, no puede volver a intermediar para la realización de un nuevo contrato sobre el mismo bien.

A) El conocimiento de la situación.

No puede hacerlo, al menos sin antes cerciorarse, de manera acabada, acerca de cuál es la situación del primer negocio: si se concretó o fracasó; si se encuentra en período de cumplimiento o bien si las partes han entendido que la frustración es definitiva.

De donde, toda segunda intermediación sin tomar recaudos semejantes, puede considerarse contraria a Derecho, violatoria de claros deberes posteriores a la primera actuación.

B) Culpa y dolo.

¿Dolosa o culposa? La solución no es tan simple. Si no conoció lo que pudo conocer, obrando con diligencia y cuidado, puede calificarse de negligencia o sea de culpa. Si conocía y no obstante actuó, hay dolo. Si sabía de la perdurabilidad del primer negocio y ello no fue óbice para el acercamiento de un segundo interesado, hay complicidad manifiesta; fraude, en la terminología predominante en Francia.