

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
POR INCUMPLIMIENTO**

1. El fallo anotado	13
2. El contrato y las relaciones jurídicas patrimoniales: creditorias, reales e intelectuales. Los efectos del negocio jurídico	33
3. Responsabilidad contractual. Presupuestos	36
I) Autoría	36
II) Antijuridicidad	36
III) Imputabilidad	38
IV) Dañosidad	40
V) Relación causal	42
4. El cumplimiento del contrato. Concepto funcional	44
I) Contrato existente	45
II) Deberes nacidos del contrato	49
III) Ejecución del contrato	56
A) Las normas legales relativas al cumplimiento	57
B) Normas convencionales	63
C) Realización del contenido del contrato	64
5. Naturaleza jurídica del cumplimiento	69
6. Estructura del cumplimiento	71
I) Requisitos subjetivos	71
A) La intención de cumplir	72
B) La intención del acreedor	73
C) La capacidad	74
II) Requisitos objetivos	75
A) Principio de identidad	76
B) Principio de integridad	78
C) Principios de localización y puntualidad	78
7. Responsabilidad emergente del incumplimiento	79
8. Los daños reparables	82
9. La problemática del objeto debido. Error en las cualidades. Vicio redhibitorio	83
10. Incidencia de la buena o mala fe. Mala fe y dolo. Concu- rrencia del dolo y la culpa	86

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO

SUMARIO: 1. El fallo anotado. 2. El contrato y las relaciones jurídicas patrimoniales: creditorias, reales e intelectuales. Los efectos del negocio jurídico. 3. Responsabilidad contractual. Presupuestos. I) Autoría. II) Antijuridicidad. III) Imputabilidad. IV) Dañosidad. V) Relación causal. 4. El cumplimiento del contrato. Concepto funcional. I) Contrato existente. II) Deberes nacidos del contrato. III) Ejecución del contrato. 5. Naturaleza jurídica del cumplimiento. 6. Estructura del cumplimiento. I) Requisitos subjetivos. II) Requisitos objetivos. 7. Responsabilidad emergente del incumplimiento: acciones que puede ejercer el cocontratante. Ejecución coactiva. Resolución. Excepción paralizadora. 8. Los daños reparables. Materiales. Morales. 9. La problemática del objeto debido. Error en las cualidades. Vicio redhibitorio. El caso resuelto. 10. Incidencia de la buena o mala fe. Mala fe y dolo. Concurrencia del dolo y la culpa.

1. EL FALLO ANOTADO

CNCiv., Sala A, diciembre 3 de 1981. Rutenia S. A. c. Crotto, Enrique y otros s. Cumplimiento de contrato. Daños y perjuicios.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los tres días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y uno, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala "A" de la Exema. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: "Rutenia S. A. c/ Crotto Enrique y otros s/ cumplimiento de contrato - Daños y perjuicios"; respecto de la sentencia de fojas 231/237; el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores Jueces de Cámara doctores Alfredo Di Pietro, Jorge Escuti Pizarro y Félix R. de Igarzábal.

El Dr. Alfredo Di Pietro dijo:

I. Dadas las características muy especiales que tiene la presente causa, estimo conveniente ir haciendo directamente el análisis partiendo de la sucesión de hechos acaecidos.

La empresa "Rutenia S.A." tenía interés en comprar vacunos para su explotación agropecuaria radicada en General Taboada, Provincia de Santiago del Estero. Con ese fin, publica en el diario *La Nación* de esta Capital Federal (ediciones del 13 y 22 de julio de 1978), avisos que decían así: "Vientres Brangus. Compramos para zona de garrapatas y mío-mío, 300 vaquillonas preñadas o para servicio..." (fs. 197/198, juicio "Pedro y A. Lanusse...").

Con posterioridad a los mismos, dicha empresa entra en negociaciones con el ganadero Enrique Crotto. También ha quedado probado, de acuerdo con el buen examen de la señora Juez *a quo* (fs. 233 vta./234) que fue Crotto quien habría exigido que —dado que la venta no era estrictamente al contado— interviniera una firma acreditada como intermediaria, y en tal sentido fue que se incorporó a la negociación la firma "Pedro y Antonio Lanusse S. A."

II. El problema girará en torno a la incidencia que tiene en la negociación el ya citado "mío-mío". Digamos desde ya que, de acuerdo con el informe técnico de la Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería (ver fs. 210/211, juicio "Pedro y A. Lanusse...") su nombre científico es *Baccharis coridifolia*, y "se trata de una planta tóxica para el ganado, debido a la presencia de un alcaloide denominado *bacarina* (principio tóxico), que al ser ingerida por el ganado suele provocar una serie de síntomas, tales como: aumento de la temperatura, decaimiento, disnea, diarrea con estrías de sangre, enflaquecimiento, cólicos, caídas, etc., terminando muchas veces con la muerte del animal".

De acuerdo a su vez, con el muy claro informe del señor perito veterinario, Julio César Gatti (fs. 138

y ss.), “en la práctica común de campo los procedimientos más usuales para prevenir la ingestión del mío-mío, o romerillo, por parte de los animales de cualquier especie (bovina, equina, ovina o porcina) proveniente de zonas limpias de esta planta tóxica, y que llegan a campos donde abunda, o bien en animales que habitan en zonas sucias pero que ante una total falta de otro pastoreo podrían tentarse de ingerir el mío-mío o romerillo, son dos: 1º) el fuerte ahumado de los animales a tratar por medio de fogatas adonde se queman plantas de romerillo, las que por su permanente verdor producen mucho humo, y 2º) el hociqueo de los animales por un frotamiento de los morros y encías con plantas de mío-mío”, agregando el dato interesante que revela la antigüedad del problema, que “este último método ya se usaba en la colonia en 1653”.

III. Ahora bien, ambas partes discrepan sobre el hecho de si los animales que se vendían llevaban como condición de venta el que los mismos tenían resistencia al “mío-mío”. En realidad, para ser bien precisos, tal como lo estableció correctamente la señora Juez *a quo*, aquí existen dos aspectos distintos, a saber: (a) que la venta se haya hecho con la garantía por parte de la vendedora de que las vaquillonas que fueron objeto de la transacción provenían de campos “sucios”, es decir de zonas infestadas de dicha hierba maligna; y (b) que la vendedora habría garantizado que por provenir de campos “sucios” se encontraba inmunizada a tales efectos, significando ello no una formación de anticuerpos o de defensas orgánicas, sino que tal pseudo inmunidad hace que la hacienda no ingiera la plaga tóxica aludida (así, fs. 66, juicio “Pedro y A. Lanusse...”).

Corresponde, pues, analizar ambos aspectos de la cuestión.

IV. Digamos respecto a la “garantía de inmunidad”, en los términos de la segunda versión, es totalmente relativa. En efecto, el experto aclaró que “la agresión al organismo que lo ingiere, se produce por la absorción de su toxina de orden químico, por lo tanto no podemos decir que los métodos preventivos usuales descriptos (anteriormente, en el párrafo II) produzcan ‘inmunidad’, ni que produzcan ‘anticuerpos’ en el organismo, ya que esos términos en inmunología están reservados exclusivamente para métodos biológicos de prevención y/o tratamiento, como son la aplicación de sueros o vacunas” (fs. 138 vta.), y respondiendo más concretamente a la pregunta de “si en las operaciones de compraventa de haciendas que provienen de lugares de mío-mío o romerillo, se da garantía de inmunidad, tanto por los consignatarios, rematadores o vendedores”, respondió que “no es norma corriente formal, dar garantía de inmunidad, dado que como ya lo he explicado esa inmunidad no existe. Lo que sí existe en animales provenientes de zonas sucias, es un natural rechazo a la ingestión de romerillo, pero reitero que cuando se presenta un imperioso reclamo fisiológico de alimento ello es relativo, al igual que los métodos preventivos citados, y que lo único que el ganado encuentra a su mejor disposición es el romerillo u otra planta”. Y en el mismo sentido había dicho anteriormente: “La acción preventiva de los métodos en cuestión, se basa en un rechazo por parte del animal tratado, a la ingesta posterior de la planta con la que se efectuaron dichos procedimientos, reiterando que su valor es relativo ante una prolongada falta de otra *alimentación*” (el subrayado es del informe del experto).

Todo ello significa que, en lo que hace a la “garantía” de la cual hemos hablado, en su segunda ver-

sión, deba ser descartada como integrativa del negocio, máxime teniendo en cuenta que la vendedora ha aportado informes por parte de acreditadas firmas que se ocupan en la intermediación de la venta de animales de campo, que resultan al respecto terminantes. Así, “Adolfo Bullrich y Cía. Ltda., S.A.” (fs. 101, “Pedro y A. Lanusse...”) afirma que “no hemos otorgado garantías por inmunidad en operaciones de compraventa de hacienda vacuna proveniente de o para zonas denominadas sucias, por existencia de mío-mío o romerillo”; “Comercial Ganadera” (fs. 99, “Pedro y A. Lanusse...”), dice también que “nunca hemos otorgado garantías de inmunidad en nuestro carácter de consignatarios, en aquellas operaciones de compraventa de hacienda vacuna provenientes de zonas denominadas ‘sucias’, por existencia de ‘mío - mío’ o ‘romerillo’”, y en el mismo sentido, “Bertoni, Simone y Cía.” (fs. 111, autos citados) e “Ildarraz S.A.” (fs. 132, mismos autos).

V. Vayamos ahora al análisis del otro aspecto de la cuestión, es decir, si fue o no condición de venta, el que los animales provinieran de zonas “sucias”. Acá, ambas partes dan versiones contradictorias. En efecto, no ha quedado bien determinado, luego de la publicación de los avisos demandando las 300 vaquillonas, cuál fue la parte que tomó la iniciativa, es decir si fue Crotto quien llamó por teléfono a la empresa “Rutenia S.A.”, o viceversa. La cuestión tiene importancia puesto que en caso de haberse demostrado lo primero, resulta evidente, *ab initio*, que el vendedor conocía la condición especial que debían tener los animales a vender, es decir que provenían de zonas “sucias”.

La señora Juez *a quo*, da por sentado que “el vendedor sólo tuvo conocimiento de la oferta de compra realizada mediante las publicaciones señaladas”, pero

a mi modo de ver, esto no ha quedado suficientemente probado, puesto que las partes se mantuvieron firmes en sus posiciones, pudiendo muy bien haber ocurrido que —debido a los avisos—, fuera Crotto quien se contactara con la firma “Rutenia S.A.”, como a la inversa, ya que, demostrada la necesidad que tenía esta firma de comprar dichos animales, bien pudo ésta tomar la iniciativa y llamar por teléfono a Crotto, al cual se refirió como “un hacendado conocido en el ambiente agropecuario” (fs. 68, autos “Pedro y A. Lanusse...”).

Pero, a los efectos de la dilucidación de esta cuestión, lo que efectivamente cuenta es el reconocimiento expreso realizado por el representante legal de la firma “Pedro y A. Lanusse S.A.” (ofr. pliego de fs. 102, y contestaciones de fs. 103 autos “Rutenia...”). En efecto, a la posición 4ª, en la que se afirmaba que “el absolvente tenía conocimiento que la hacienda comprada por la demandada estaba destinada a la estancia Selva Negra, propiedad de ella, ubicada en el departamento General Taboada en la Provincia de Santiago del Estero”, contestó: “que es cierto”. Y también a la posición 7ª, según la cual se afirmaba “que tiene conocimiento que la vendedora de la hacienda, señor Enrique Crotto, garantizó a la compradora que esa hacienda provenía de zona de mío-mío o romerillo”, contestó igualmente “que es cierto”.

En consecuencia, frente a prueba tan terminante, debo tener por acreditada que la venta se realizó sobre la base que los animales que se vendían provenían de “zona sucia”.

La parte vendedora, comportándose muy formal y sacramentalmente, aduce que en el “Contrato de Compraventa de Hacienda” (así fs. 6, autos “Pedro y A. Lanusse...”), no se estableció nada al respecto, pero

pienso que aun así, frente al reconocimiento expreso de la intermediaria en la operación, no cabe sino reconocer la aseveración sentada en el párrafo anterior. En efecto, es principio sabido que en los negocios debe predominar la regla ético-jurídica de la buena fe, la cual debe presidir las negociaciones, y a la cual las partes se atan, en forma leal y proba (art. 1198, 1ª parte, C.C.), principio que como es de público y notorio, es de plena aplicación en los negocios acaecidos en el agro. No puede en consecuencia prevalecerse la vendedora, luego del reconocimiento expreso de un intermediario, de la omisión de semejante cláusula en el formulario impreso de dicha firma.

VI. Continuemos ahora con el desarrollo de los hechos. Según las declaraciones del hacendado Luis Enrique Newton, quien testimonió tanto por la actora, como por la accionada en ambos juicios —es decir existen cuatro declaraciones—, sabemos que fue llevado por la compradora “para revisar un lote grande de vaquillonas media sangre preñadas, o para entorar que le habían ofrecido” (fs. 128, autos “Pedro y A. Lanusse...”), debiéndose destacar que dicho profesional “cuenta con 50 años de antigüedad en labores agropecuarias” (fs. 221, 19ª resp., mismos autos), e intervino “en varios países de Sudamérica como jurado” (fs. 128/129, 2ª resp., mismos autos). Es así que fue llevado al campo “La Corona” en General Pinedo, Chaco, que pertenece a Crotto, y una vez allí, realizó el aparte de los animales que se compraban, aclarando que “intervino como seleccionador de animales” y destacando “que no le han interesado ni de dónde venían ni las condiciones” (fs. 128, 12ª resp.).

Es conveniente aclarar acá uno de los argumentos que se han hecho al respecto, y que sería el siguiente:

¿cómo un experto de tales cualidades como las que adornan al hacendado Newton, se le pudo haber pasado por alto el problema del “mío-mío”?, y aun frente a una cierta reticencia a hablar al respecto, por un lado resulta muy poco creíble que los representantes de la compradora, con los que viajó en avión, no le hubieran dicho nada sobre esta cuestión, y por el otro, ¿cómo un hacendado de tantos años de campo, no comprobó *in situ* algo que resulta en principio fácil de apreciar, me refiero a las condiciones fitogeográficas del campo donde estaban los animales, en cuanto a la existencia o no de la hierba de “mío-mío”?

Y acá es donde la cuestión se complica, puesto que la propia vendedora reconoce que en su campo del Chaco —es decir donde estaban los animales— “no hay mía-mío en cantidades apreciables (declar. de Crotto, fs. 227, 7ª resp., autos “Pedro y A. Lanusse...”) y del mismo modo, el informe del Ingeniero Agrónomo Fernán F. Fernández (ver fs. 169, autos “Rutenia...”), quien en forma más terminante dijo: “Con referencia a la eventual presencia de mía-mío o romerillo (*Baccharis coridifolia*), no pude establecer en ninguno de los potreros recorridos, la presencia de esa maleza, no existiendo por otra parte referencias, entre los vecinos de la estancia, de que se la hubiera observado como implantada en forma definitiva o permanente”. E igualmente, el empleado de la vendedora —encargado del establecimiento—, Manuel Melo, quien intervino en el aparte de las animales, dijo: “que lo sabe y le consta que en ese campo o sea el establecimiento ‘La Corona’ no existe mía-mío ni romerillo” (fs. 179, 4ª resp., autos “Pedro y A. Lanusse...”). En consecuencia, aun con la experiencia del hacendado Newton, resultaba evidente que por más que mirara el suelo, no encontraría la hierba maligna.

Pero he aquí que se incorpora un dato nuevo. Los animales no provenían de dicho campo sino que venían de Formosa. Así lo reconoce el propio Crotto, al decir que los mismos “venían del campo de Formosa” (fs. 219 autos “Pedro y A. Lanusse...”) agregando “que algunas eran marca líquida del declarante y que algunas eran compradas, pero no lo recuerda, que eran compradas en Formosa”, dato que concuerda con la declaración del mencionado Melo (fs. 179, autos cits.), quien dijo también que los animales son “oriundos de Formosa” (1ª repreg.).

En el mismo sentido obra la declaración de Newton (fs. 128/129, autos “Pedro y A. Lanusse...”), quien hablando sobre los animales que se compraban dijo “que la calidad era buena; que el estado era regular y era regular porque de acuerdo a lo que yo sentí entre los peones en ese momento esa hacienda no era de ‘La Corona’, que provenía de la Provincia de Formosa, al hacer un viaje tan largo por supuesto el desbaste es grande” (3ª resp.) y también al contestar la primera repregunta: “yo sentí que había venido de Formosa porque yo pregunté primero el por qué del estado de la hacienda y me contestaron porque tenían viaje de Formosa arriba y a raíz de ello estaban desbastados”.

Siguiendo esta cuestión, cuando se le preguntó al señor Crotto acerca de si “en la provincia de Formosa, especialmente en su campo existe mío-mío”, contestó “que en la provincia de Formosa hay partes en las que hay romerillo y en otras que no. Pero que en su campo ha visto algunas plantas a las que ha erradicado inmediatamente” (fs. 219 vta., 14ª resp.). Y a esto cabe agregar el dicho del empleado de la vendedora, el mencionado Melo, quien dijo que “desconoce totalmente el campo donde es oriunda la hacienda, por lo tanto des-

conoce asimismo, si este campo tiene o no mío-mío o romerillo" (fs. 179, última resp.; autos "Pedro y A. Lanusse...").

A la luz de todo esto, creo que resulta más que razonable pensar que no está probado que la vendedora haya cumplimentado una de las cualidades que se requerían respecto de los animales es decir que "provinieran de campos «sucios»".

Para ser completos en el análisis, cierto es que existe el informe escrito de Manuel Melo (ver fs. 173, autos "Pedro y A. Lanusse..."), según el cual "cuando vino el Sr. Ricardo Mazzoni, de la firma Rutenia S.A., a revisar las vaquillonas, acompañado por el Sr. Enrique Pardo, de v/firma y del Sr. Newton, que acompañaba al Sr. Mazzoni, se me preguntó si las vaquillonas conocían mío-mío o romerillo, yo les informé que no, pues en el Establecimiento La Corona, no había romerillo o mío-mío".

Luego de analizada toda la prueba anterior, obviamente surge que este informe, que es emitido por el "Encargado de La Corona", es un mero documento de favor, pues probado como está que el "conocimiento" de los animales del "mío-mío" era condición de compra, no se puede uno explicar cómo se pudo haber hecho, ante la negativa del encargado del campo, el negocio. Amén de ello, su manifestación de que en el establecimiento chaqueño no existía "mío-mío" pierde total eficacia puesto que, como ya lo destacamos, esa misma persona reconoció que los animales venían de Formosa. Por el contrario, se demuestra que se habló del problema, y alguna respuesta afirmativa se tuvo que haber dado, puesto que de lo contrario, no se comprarían animales de zona limpia para zonas sucias. Así, dentro de sus cautelosas respuestas, el hacendado Newton,

ante tal pregunta, dijo: "que él no lo haría" ("Rutenia...", 5ª resp.).

VII. Con posterioridad los animales fueron cargados en camiones y llevados al establecimiento de la compradora en Santiago del Estero. Allí, según la declaración del veterinario Enrique Guillermo Pardo (fs. 237, autos "Lanusse...") "por instrucciones de la firma 'Rutenia S.A.' la hacienda fue curada en la manga del 'mío-mío' o 'romerillo' y después inmediatamente largada al campo a un potrero donde había 'mío-mío' o «romerillo»". Y ocurrió lo que es el desenlace: en los próximos días a la descarga de los animales, se produjo la mortandad de 254 vaquillonas, siendo la causa la ingesta del "mío-mío" (conf. informe veterinario del Dr. Medina, agregado con la demanda de "Rutenia S.A."). La actora por la intermediaria "Pedro y Antonio Lanusse S.A." pretende desvirtuar la existencia de la mortandad, puesto que alega que la muerte de los animales se debe probar mediante las respectivas osamentas de los animales caídos. Pero el argumento entiendo que no es atendible. Del informe veterinario, tanto el vendedor Crotto como la intermediaria recibieron los telegramas Nros. 108 y 109, por los que se los intimó a la "verificación de osamentas", habiendo comprobado la existencia de mortandad el propio testigo veterinario Pardo (fs. 237, autos "Lanusse..."). Participo, por ello, del criterio de la señora juez *a quo* en el sentido que hay que tener por acreditada la muerte de 254 vaquillonas preñadas (conf. pericia contable de fs. 148/9 juicio principal, si bien destacando que de la misma resultan 255, pero ello no fue el número aducido en el escrito de demanda).

VIII. Analizados de este modo los hechos, veamos ahora las pretensiones jurídicas de ambas partes. La

firma "Pedro y Antonio Lanusse S. A." demanda el pago de la suma de 20.695.000 pesos, comprensiva del costo de los animales, gastos de comisión, sellados, etc., y también del transporte de los animales. En cambio, "Rutenia S. A.", demandó por "cumplimiento de contrato", exigiendo la entrega de las 254 cabezas de ganado que había comprado, y también por "daños y perjuicios", que traduce en la suma de 12.000.000 de pesos por la pérdida de las crías, ya que se trataba de vaquillonas preñadas.

La señora juez *a quo* entendió que "Rutenia S. A." no tiene "acción para solicitar el cumplimiento del contrato, puesto que éste se concluyó con la entrega de las cabezas seleccionadas por el vicepresidente de la sociedad compradora, dando así cumplimiento al artículo 1409 del Código Civil". En lugar de ello, utilizando el principio *iura novit curia*, entendiendo que en la especie hubo una venta con "vicios redhibitorios", utilizando en consecuencia la norma del artículo 2174 del ordenamiento civil hizo lugar a una "resolución parcial" —por las cabezas muertas—, y como al mismo tiempo, la compradora nada había abonado, hizo lugar también parcialmente por el importe de los animales que quedaron vivos, a la pretensión de cobro de pesos de la firma "Pedro y Antonio Lanusse S.A."

IX. Entiendo, al respecto, que en lo que hace a la demanda de cumplimiento de contrato, le asistió razón a la señora juez *a quo*, por cuanto el contrato fue cumplido. Y si bien existieron consecuencias perjudiciales, a cuyo tratamiento luego me abocaré, no se puede pretender un nuevo cumplimiento.

Veamos ahora la cuestión de los "vicios redhibitorios". La recurrente "Pedro y Antonio Lanusse S. A." ataca esta calificación entendiendo que se ha producido

una confusión entre “vicios ocultos” y ciertas “cualidades” que el comprador creía encontrar en las cosas vendidas (cita en tal sentido Rezzónico, *Contratos*, I, pp. 229, ss.). En efecto, por propia definición legal (artículo 2164 del Código Civil), se llaman “vicios redhibitorios” los “defectos ocultos de la cosa”, de tal modo que, en principio, deben ser inherentes e intrínsecos a la propia cosa. Incluso si recordamos su aparición jurídica en el derecho romano, los vemos nacer a partir de la actividad edictal de los ediles curules, los que se ocupaban precisamente de la vigilancia de los mercados, y esta figura, más específicamente, estuvo vinculada en forma nítida con la compraventa de animales. Así, se puede pensar que una cosa es, por ejemplo, que un animal vendido sea portador de una plaga, de gérmenes, que están, por supuesto, “ocultos” en el organismo, que provocan ulteriormente la aparición de una enfermedad, y otra distinta es lo que podríamos denominar la existencia o no de una “cualidad” en el animal vendido, así, por ejemplo, que el caballo que compró sea veloz. En el primer caso, estamos en presencia de un “vicio oculto”, en el segundo, en la ausencia de una “cualidad”.

Pero no hay que olvidar que aun siendo cierta esta distinción, nuestro legislador incorporó el artículo 2167, según el cual: “Pueden también por el contrato hacerse vicios redhibitorios de los que naturalmente no lo son, cuando el enajenante garantizase la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tiene lugar aunque no se exprese, cuando el enajenante afirmó positivamente en el contrato, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades, aunque al adquirente le fuese fácil conocer el defecto o la falta de calidad”. Y en tal sentido, en la nota, Vélez se refiere a las leyes romanas, de las cuales

entresaco ejemplos muy clarificadores: así, “si hubiere afirmado —respecto de un esclavo— que era constante, o laborioso, o diligente, o vigilante, o que con su frugalidad adquiriría peculio” (*Dig.*, XXI, I, 18), o que “no era jugador” ni era ladrón (*Dig.*, XXI, I, 19, 1); o que era “artífice” (*Dig.*, íd., 4).

Todo ello permite encuadrar la situación planteada en el negocio de autos dentro de las normas del Título XIV —*De los vicios redhibitorios*— del libro II, sección III del Código Civil, entendiéndose que era una de las condiciones de la venta, tal cual se vio que era así, la “cualidad” de los animales vendidos, que debían provenir de “zonas sucias”. Sentado ello cabe recordar que de acuerdo con la norma del artículo 2174 del Código Civil, el comprador sólo tiene la vía de la *actio redhibitoria* o de la *actio quanti minoris*. Desde ya digo, atento a la letra clara de la ley, y aunque pueda haber opinión doctrinaria en contrario que, por lo menos en este caso, esas son las dos opciones.

X. Sin embargo se presenta aquí la incidencia de que la parte compradora inició una “acción de cumplimiento”, con más la de “daños y perjuicios”. Esto significa que no optó por la “resolución”. Y si bien la señora juez *a quo* aplicó el principio del *iura novit curia*, entiendo que hay que ser sumamente cauteloso con la aplicación del mismo, de tal modo que si bien les es permitido a los jueces realizar el encuadramiento jurídico de las situaciones planteadas por las partes, aun cuando las normas invocadas por las mismas no se ajusten a ellos, no hay que olvidar que no se puede innovar de tal modo la pretensión de la actora, que “demanda cumplimiento”, entendiéndose que su encuadre sería “demanda resolución”, pues ambas pretensiones serían contradictorias.

Aquí se ha visto ya que la demanda de cumplimiento no puede tener lugar, ya que el contrato ha sido ya cumplido, a lo cual se une la circunstancia de que la actora ni siquiera ha cumplido sus prestaciones en orden al pago de la cosa comprada. A su vez, por lo dicho anteriormente, tampoco correspondería la *actio redhibitoria*, que es esencialmente resolutoria, no pudiéndose aplicar ni aun por la invocación del principio del *iura novit curia*.

Por ello, apreciando las características tan particulares que tiene el negocio acaecido entre las partes, considerando los hechos narrados por las partes, la forma cómo ha quedado trabada la litis, las probanzas aportadas, de cuyo análisis nos hemos venido ocupando anteriormente, entiendo que corresponde la aplicación del principio *iura novit curia*, sin forzar las pretensiones de las partes, interpretando la cuestión sobre la base de un contrato cumplido, pero del cual se han generado consecuencias dañosas, cuya responsabilidad hay que deslindar, para saber si el precio debe ser abonado en su totalidad, con lo cual nos acercamos a la *actio quanti minoris* de tal modo que los perjuicios deben ser estimados en la forma que se verá más adelante para calcular su incidencia en la eventual disminución del precio pretendido por la vendedora.

Con ello pretendo que la acción de cumplimiento de contrato planteada por "Rutenia S.A." sea rechazada, debiéndose considerar ahora la eventual incidencia, o no, de la disminución del precio de venta y demás sumas pretendidas por la firma "Pedro y A. Lanusse S.A."

XI. En consecuencia, en caso de ser compartida esta posición que pretende dar solución jurídica a la muy controvertida cuestión planteada en autos, lo que corresponde es entrar en el análisis de las responsabi-

lidades por los animales muertos por la ingesta del “mío-mío”.

Por de pronto, entiendo que en la venta realizada ha existido una conducta reñida con la buena fe y lealtad que deben presidir los actos y negocios jurídicos, por parte de la vendedora puesto que al asegurarle —tal como lo hemos sentado luego del minucioso análisis de las probanzas traídas— que los animales provenían de “zonas sucias”, obviamente que tuvo que haber despertado en la compradora un grado de confiabilidad en la existencia de tal “cualidad”, puesto que, como también lo hemos visto, no es lo mismo comprar animales de “zona sucia” para ser llevados a otra “zona sucia”, que hacerlo de “zona limpia” para ser llevados a campos de “mío-mío”. Considero por ello que “afirmó lo que no era”, o por lo menos “disimuló lo verdadero”, para lograr la consecución del acto (arg. art. 931, C.C.), por lo que deberá absorber parte de la responsabilidad que tuvo en la mortandad de las vaquillonas (art. 512, 902, 1109 y concordantes del C.C.).

Pero pienso que a su vez, la compradora incurrió en grave imprudencia; al tratar los animales comprados. Así, cabe destacar los siguientes hechos: (a) los animales, según conocimiento de la compradora, provenían de campos de Formosa, desde donde habían viajado, y estaban desbastados; (b) según lo reconoce el hacendado Newton (fs. 136, vta.; autos “Rutenia...”) “había una gran sequía en todas las zonas”; (c) debieron realizar un viaje que según el mismo testigo Newton —para ponernos en la posición más favorable a la compradora, pues el informe del experto veterinario, haría aumentar el número— el viaje duró “5 a 6 horas” (fs. 137, “Rutenia...”) y (d) que el campo de la compradora, efectivamente estaba totalmente infes-

tado de “mío-mío”, puesto que ese y no otro sentido le puedo dar a las palabras del testigo Newton, quien preguntado al respecto reconoció “que no tenía conocimiento, pero que cuando pasó por el costado del campo *se dio cuenta de la cantidad que había, que parecía sembrado*” (fs. 220 vta., 6ª resp., autos “Pedro y A. Lannusse...”).

El experto veterinario (fs. 138/139; y luego, fs. 146/147) estableció que aparte de los procedimientos usuales para tratar a los animales que están en “zona sucia” (el “fuerte ahumado” y el “hociqueo”), “están el cuidar que los animales no sufran de un apetito voraz, ya sea originado por un largo viaje, o por provenir de campos con gran escasez de pastos. Si se diesen alguna de estas dos circunstancias, o ambas a la vez, se deberá dar de comer pasto seco o verde en algún corral, o potrero libre de la planta tóxica, antes de largar los animales al campo ‘sucio’ con romerillo o cualquier otra planta similar, ya que el ahumado u hociqueo efectuado, puede verse neutralizado en su fin ante el hambre acuciante”, y agregó que “asimismo en los animales débiles o muy flacos, se deberán extremar estas precauciones pues son mucho más sensibles a la intoxicación”.

De acuerdo con las declaraciones de Newton, que estaba en la estancia de la compradora cuando se recibieron los camiones, por lo menos el primero de ellos, “estaban haciendo un humito para ahumarlas”, si bien luego agrega que “el procedimiento que se hizo se realizó correctamente”, “que se hizo en presencia mía los tres primeros camiones”. Aparte de ello, agregó que “tengo entendido, porque yo me fui, que de unos silos de sorgos se le dieron alimentos a los primeros; a los demás no sabe” (fs. 129, autos “Pedro y A. La-

nusse...”). Esto último, que el propio testigo lo dice de terceros, ni siquiera es mencionado por el veterinario Pardo (fs. 237, mismos autos), quien señaló el procedimiento: “A la hacienda cuando llega al campo por instrucciones que traía de la firma Rutenia S. A. la hacienda fue curada en la manga contra mío-mío o romerillo y después, *inmediatamente*, largada al campo a un potrero donde había mío-mío o romerillo”.

Y bien, tal cual lo adelanté anteriormente, la conducta seguida por Rutenia S. A., o mejor dicho por sus subordinados, no se puede calificar de prudente. Largar a animales que vienen de un viaje de 250 Kms., en épocas de sequía, luego de un viaje anterior desde Formosa, directamente —luego del ahumado y del ho-ciqueo— a campos “*sembrados*” de mío-mío, es una grave imprudencia. Aun confiados en que provenían de zonas sucias, quizá lo más oportuno y razonable atendiendo a las circunstancias, es que se los fuera alimentando con otras pasturas, e ir probando de a poco, es decir, largándolos progresivamente, y en pequeño número, para ir observando los resultados. Obviamente, al no tomar estas mínimas precauciones, no obstante el procedimiento realizado —que siempre es “relativo”—, los animales se lanzaron a comer lo que encontraran, y si el campo estaba “sembrado de mío-mío”, pues comieron el mío-mío y se murieron.

Encuentro, acá, una concurrencia de culpas, siendo la más grave la de la compradora, pues si bien la vendedora le aseguró cierta “confabilidad —limitada la procedencia de los animales—, su conducta de neta imprudencia, la torna responsable también de los efectos nefastos acaecidos con las vaquillonas (arts. 512, 902, 1107, y concords. C. C.). Distribuyo las culpas en un 20 por ciento para la vendedora y en un 80 por ciento para la compradora.

XII. Como lo ocurrido en autos demuestra que el vendedor Crotto recibió la totalidad del precio, por parte de la intermediaria "Pedro y Antonio Lanusse S.A.", la cual abonó los restantes gastos, y siendo que éstos no fueron abonados por la compradora, es decir, "Rutenia S.A.", entiendo que, de acuerdo a las características de autos, la singularidad de los daños y perjuicios producidos y la forma cómo han quedado trabadas ambas causas, lo que corresponde es hacer lugar a la petición de la firma reclamante del dinero, por el total en lo que hace a un 15,33 % —representativo del porcentaje de animales que quedaron vivos—, con más el 80 % del 84,67 % —representativo del porcentaje de animales muertos—.

Por las mismas razones dadas por la señora juez *a quo*, atento al carácter de las responsabilidades y de los daños y perjuicios, dichos porcentajes deben computarse respecto del total de las sumas reclamadas, debiéndose practicar la liquidación final en la etapa de ejecución de sentencia, de acuerdo con las pautas señaladas (art. 165, CPCC).

En lo que hace a la actualización monetaria, habrá que estar en forma prudente a los índices más estables del INDEC, como lo son los representativos de las variaciones de precios mayoristas —nivel general— agregando los intereses puros en la forma determinada por la señora juez *a quo*.

Cabe agregar, respecto de la petición de los perjuicios por la muerte de las crías, que el mismo no puede tener mandamiento. Al comprar vaquillonas preñadas, es ostensible que la firma "Rutenia S.A." evitó el servicio de las mismas por los respectivos toros, pagando, obviamente por ellas el adicional actual. Respecto de los animales que quedaron vivos, obviamente no hay nada que reclamar y respecto de los muertos, hay

que aplicar las normas de responsabilidad, con el porcentaje compartido de culpas. De este modo, respecto de un 80 %, al ser ella culpable, evidentemente no puede reclamar nada, y respecto del 20 % restante, como no pagó nada, y aquí se le dice que no lo debe hacer, con ello está también evitando pagar el respectivo servicio de las vaquillonas.

En consecuencia, en caso de ser compartida la argumentación dada en los considerandos anteriores, corresponde confirmar la sentencia anterior, en cuanto rechaza la demanda de "Rutenia S.A." de cumplimiento e igualmente en cuanto a la de daños y perjuicios por las crías perdidas. Con costas a la actora (art. 68 C.P.C.C.) en ambas instancias. A su vez, también se confirma la admisión parcial de la demanda por parte de Pedro y Antonio Lanusse S.A. condenándose a Rutenia S.A. a abonar: (a) por un lado el 15,33 % de las sumas reclamadas; y (b) además, el 80 % del 84,67 % de dichas sumas. Igualmente se modifica el índice de actualización que deberá ocurrir en la etapa de ejecución de sentencia, respecto de las sumas liquidadas de acuerdo con el cálculo prudencial de los índices de los precios mayoristas, nivel general, con más sus intereses en la forma señalada en el fallo anterior. Las costas de ambas instancias deberán ser en un 83 % a cargo de "Rutenia S.A." y en un 17 % a cargo de "Pedro y Antonio Lanusse S.A." (art. 71, C.P.C.C.).

Los Dres. *Escuti Pizarro* y *de Igarzábal* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Di Pietro. Con lo que terminó el acto.

Y vistos:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta presente, con relación a la sentencia de fojas 231/237:

- I) Se la confirma en cuanto rechaza la demanda de “Rutenia S.A.C.I.I.A.”, con costas en ambas instancias a la vencida.
- II) Se la confirma en cuanto admite parcialmente la demanda de “Pedro y Antonio Lanusse S.A.C.A.F.I.I.E.”, condenándose a “Rutenia S.A.C.I.I.A.” a abonar:
- a) el 15,33 % de las sumas reclamadas, y
 - b) el 80 % del 84,67 % de dichas sumas.

Se modifica el índice de actualización en la forma señalada en el último considerando del primer voto. Las costas de ambas instancias se imponen en un ochenta y tres por ciento a cargo de “Rutenia S.A.C.I.I.A.” y en un diecisiete por ciento a cargo de “Pedro y Antonio Lanusse S.A.C.A.F.I.I.E.”.

Los honorarios de alzada se regularán una vez que se fijen las retribuciones de la instancia anterior.

Notifíquese y devuélvase. *Di Pietro. Escuti Pizarro. De Igarzábal.*

2. EL CONTRATO Y LAS RELACIONES JURIDICAS PATRIMONIALES

El incumplimiento de un contrato puede originarse en el no pago; vale decir en el incumplimiento de una obligación singular, cuya prestación, objeto de la obligación, de dar, hacer o no hacer, artículo 495 del Código Civil, no es satisfecha, artículo 725. Pero no se agota necesariamente allí.

No olvidemos que el contrato, en nuestro Derecho, es mucho más que una mera fuente de obligaciones, artículo 499; puesto que, por un lado, actúa con plenitud en el campo de las relaciones jurídicas patrimonia-

les —obligacionales, reales e intelectuales— sin perjuicio, claro está, de la tradición, artículo 577 y concordantes, y de la inscripción registral, artículo 2505, como “modos” que complementan el “título” (contrato) en materia de relaciones jurídicas reales; y, por lo demás, no sólo las crea, a las relaciones, sino que puede modificarlas, transferirlas, conservarlas o aniquilarlas, artículo 944; como especie que es —patrimonial, bilateral, causado e *inter vivos*— del gran género de los actos o negocios jurídicos. Esa es su manera de “reglar derechos”, artículo 1137.

Mientras la relación obligacional se limita a situar o emplazar a las partes, acreedor y deudor, como sujeto activo el uno, titular de un derecho a la satisfacción de su acreencia, y como sujeto pasivo el otro, titular de un deber jurídico calificado, artículo 496, el contrato sitúa a los celebrantes como partes en un negocio, creando una o varias relaciones jurídicas de distinta especie, en las cuales los contratantes pueden asumir roles activos o pasivos, en una reciprocidad que va más allá de lo puramente creditorio, artículo 510 del Código Civil.

Y si ello fuera poco, podemos agregar la clasificación de los contratos de acuerdo a las diversas funciones que los mismos cumplen; encontramos, entonces, junto a los contratos obligacionales a los de disposición; y a los de organización, que apuntan a crear una entidad o persona jurídica independiente de cada una de las partes; y los contratos normativos; etc. etc. No olvidemos, para concluir este aspecto, puesto que con lo dicho nadie podrá confundir la responsabilidad contractual por incumplimiento con la obligacional nacida de idéntica razón, que los contratos pueden encontrarse combinados entre sí, relacionados sea en situación de igualdad u horizontalidad, sea en verticalidad.

Empero, la dogmática jurídica no acompaña este distingo o lo hace sólo a medias. El tema de la responsabilidad contractual sólo aparece en algunos textos del Capítulo VI del Título de los contratos: en los artículos 1197, 1201, 1202, 1203 y 1204; y no apunta tanto a las consecuencias del incumplimiento contractual en orden a la ejecución coactiva o a la indemnización de los daños, como a precisar otras vías que se abren a partir de aquel hecho:

- 1º) si no cumples no cumplo; y,
- 2º) si no cumples resolveré el negocio.

No decimos que la excepción y el efecto comisorio se ubican fuera de la responsabilidad contractual, afirmamos lo contrario, pero agregamos que ese poder de agresión reconocido al contratante *in bonis* no se concluye allí; que los caminos que parecen principales: la acción por cumplimiento con más los daños, ante la mora del contratante, y la acción por indemnización de los perjuicios, ante el incumplimiento definitivo, por la imposibilidad de forzar el cumplimiento, deben buscarse en otras partes del Código Civil.

La explicación de esta metodología reconoce pluralidad de argumentos:

- a) no obstante la definición del 1137 el Código aproxima en demasía el contrato a la obligación;
- b) el esfuerzo ponderable por lograr un tratamiento de las "obligaciones en general" empobrece la consideración de las que nacen del contrato; y,
- c) se sacrifica la regulación del negocio base, acto jurídico o contrato, en beneficio de las relaciones emanadas del mismo.

Sin embargo, es posible observar en el mismo Código un tratamiento mucho más detenido y prolijo de

los actos ilícitos o bien de las obligaciones emergentes de esos actos o hechos, que se separa del daño a las obligaciones en general.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. PRESUPUESTOS

Recordemos, aunque más no sea de paso, que la responsabilidad civil es una sola en nuestro Derecho, puesto que participa, al menos de ordinario, de los mismos presupuestos 1) autoría; 2) antijuridicidad; 3) imputabilidad; 4) dañosidad; y, 5) relación de causalidad entre el hecho antijurídico e imputable y el daño.

I) Autoría.

El tratamiento de esos presupuestos no lo encontramos en la zona de la responsabilidad contractual, artículo 1197 y siguientes; aparece disperso en otros lugares del Código. No hallamos un texto destinado al “contratante incumplidor” —fuera de los recordados— similar a los que existen para “el deudor incumplidor”, artículos 505, 506, 508, 511, 513 y concordantes; y para “todo el que ejecuta un hecho” ilícito, artículos 1109 y concordantes. Y si bien la autoría del incumplimiento sólo puede recaer en un contratante, por acción o por omisión, adquiere particular importancia en la materia la acción del tercero-cómplice en la violación del contrato. Tema que será el objeto de otro comentario (*).

II) Antijuridicidad.

La antijuridicidad o ilicitud del obrar es considerada genéricamente en el Título destinado a los actos

(*) *La complicidad de un tercero en la frustración del contrato*, en pág. 91 de este tomo.

ilícitos, artículo 1066, expresando su rostro formal; en el ámbito de los contratos vemos consagrada en términos explícitos la “fuerza vinculatoria” o sea la necesidad jurídica de cumplirlos —“...una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, artículo 1197—; pero es al considerar las obligaciones en general, artículo 505, que el legislador se ocupa de las hipótesis que configuran un apartamiento del “cumplimiento exacto”.

El negocio contractual —por la complejidad y número de relaciones jurídicas que engendra, modifica, transmite o extingue— muestra, en punto a las variantes que puede asumir el incumplimiento, como hecho antijurídico fuente de responsabilidad, una gran riqueza:

- a) Inejecución total;
- b) inejecución parcial;
- c) ejecución tardía;
- d) ejecución distinta;
- e) ejecución con vicios en el derecho transmitido o en la materialidad de la cosa entregada;
- f) ejecución errónea en relación al resultado previsto en el contrato, etc. (1).

Sin embargo, debemos estar muy prevenidos acerca de la delimitación de la responsabilidad contractual, para no incorporar a ella antijurídicos que le son extra-

(1) Sobre el tema las obras ya clásicas de GIORCIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, y de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1956. En la doctrina italiana, de los últimos años: MAJO GIAQUINTO, A. DI, *L'esecuzione del contratto*, edit. Giuffré, Milano, 1967; AMORTH, G., *Errore e inadempimento nel contratto*, edit. Giuffré, Milano, 1967; TORRENTE y SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1978; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nov. Dig. Ital.*, XV, Torino, 1968; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1978. En la doctrina española: SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil*, t. III, *Derecho de Obligaciones*, edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1973.

ños, por haber sido ejecutados fuera del contrato: antes de su celebración, aunque fue camino al contrato, o después de su agotamiento, no obstante guardar atinencia con el mismo. Son las denominadas responsabilidad pre y post contractual, que son extracontractuales.

III) Imputabilidad.

Pero, además, la inexecución debe ser imputable. Debe mediar una atribución del comportamiento con base en un reproche subjetivo o en un factor objetivo. Con este importante presupuesto acontece algo muy similar a lo ya observado: es en el sector de los actos ilícitos y en el de las obligaciones en general donde hallamos los textos pertinentes. Respecto de la culpa, definida en el artículo 512, son el 511 y el 520 los que aluden a las consecuencias reparables. Respecto del dolo, no conceptualizado como factor de imputabilidad de la inexecución, encontramos el 507 y el 520, *a contrario sensu*. Y en lo atinente a la malicia, su alusión en el 521, con motivo de las consecuencias reparables, no estando tampoco definida.

En el título de los actos ilícitos la alusión a la culpa es reiterada (arts. 1067, 1109 y concordantes), en sus tres rostros, la negligencia, la imprudencia y la impericia; el dolo, definido en el artículo 1072, es considerado en el 1069, 1073, siguientes y concordantes.

¿Qué encontramos en el título de los contratos? Una sola norma, incorporada por la Reforma de 1968, de gran trascendencia (art. 1198, 1ª parte): "Los contratos deben ...ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Este texto proscribe el dolo y la culpa en la ejecución del contrato. Y, además de ello, es fuente de creación de

especiales deberes de conducta, exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. "Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a lo que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe" (2). Es, en palabras muy parecidas, lo que disponía el viejo texto del artículo 1198 de Vélez.

Pasando a la atribución objetiva, a título de riesgo creado, hallamos supuestos plurales entre los actos ilícitos: artículo 1071, responsabilidad por actos abusivos; 1071 bis, daño al derecho a la intimidad; 1113, daños causados por las cosas; 1118, daños originados en el hecho de los agentes o empleados de los hoteleros; 1119, perjuicios nacidos del obrar de la gente de la tripulación, de los agentes de transporte terrestre y del hecho de caer o arrojar cosas; 1129, daño causado por un animal feroz; etcétera.

Sin perjuicio de otros típicos de la responsabilidad contractual, por la transmisión de derechos viciados, evicción, o de cosas con defectos en su materialidad, vicios redhibitorios (arts. 2089 y ss. y 2164 y ss., respectivamente). Recordemos que el vicio, en el derecho o en la materialidad, desencadena la responsabilidad cualquiera sea el comportamiento del enajenante, aun sin incumplimiento de los deberes a su cargo. La mala fe del enajenante, su culpa o dolo, tienen como consecuencia agravar la responsabilidad en cuanto a los daños resarcibles, debiendo "el importe del mayor valor de la cosa o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos de

(2) DIEZ - PICASO, L., en el Prólogo a la obra de WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, edit. Civitas, Madrid, 1977.

lujo o de mero placer” (art. 2123), como sanción por haber conocido o podido conocer el peligro al tiempo de la enajenación y no haberlo declarado o comunicado al comprador (arts. 2123, 2176, 2103 y concordantes).

IV) Dañosidad.

Sobre el daño, presupuesto central de la responsabilidad civil en general y de la contractual en particular —sin menoscabo o detrimento material o moral el incumplimiento no responsabiliza— vemos ahora, a partir de la Reforma de 1968, dos referencias concretas en nuestro Título:

- 1º) Integrando la acción por ejecución forzada del contrato, “la parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios” (artículo 1204, 4º párrafo, primera parte); y,
- 2º) Integrando o complementando la acción por resolución, “...quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios” (art. 1204, 2º párrafo, *in fine*).

También encontramos referencias abundantes en los Títulos Primero y Tercero, *De las obligaciones en general* (arts. 505, inc. 3º, 506, 508, 511, 513 y, muy en especial, en los arts. 519, 520 y 521). Recordemos que el primero de estos textos da la noción de daño, que es, para nosotros, sinónimo de perjuicio (de donde es sobreabundante o pleonástico aludir a “daños y perjuicios”), con sus dos especies: el daño que es disminución del activo o “daño emergente” y el daño que es pérdida de incrementos o “lucro cesante”.

Muy importante es la incorporación en 1968 del artículo 522, que alude concretamente a la “indemniza-

ción por responsabilidad contractual”, o sea que es específica respecto del incumplimiento de este negocio, apartándose de la temática del Título, la inejecución de las obligaciones en general. Sin perjuicio, claro está, de señalar su equivocada ubicación. Es la norma que acoge la reparación del daño moral (sinónimo de “agravio moral”), pero con base en una decisión de equidad, vale decir que no siempre, en cualquier supuesto en que se pruebe su producción o existencia, sino atendiendo a las circunstancias o particularidades del caso.

El tema de los daños reparables vuelve al tratarse los actos ilícitos: artículos 1067 (donde se alude correctamente al “daño causado”, sin aditamentos tales como “intereses” o “perjuicios”); 1068, donde se emplea la sinonimia entre daños y perjuicios para aludir a los “directos” y a los “indirectos”; 1069, del cual rescatamos la última parte, incorporada por la Reforma, que autoriza a los jueces a moderar equitativamente la reparación, en todos los casos —culpa, riesgo— con excepción de los ilícitos dolosos o intencionales (artículos 1074, 1077, 1078, 1079, 1080, 1081, 1082 y 1083). Este último de particular importancia en la medida en que establece cómo se ha de reparar el daño y sienta como criterio fundamental el de la especificidad —“reposición de las cosas a su estado anterior”, en coincidencia con el inciso 1° del artículo 505, “...que el deudor le procure aquello a que se ha obligado”— y sólo como criterio supletorio el de la indemnización dineraria —“excepto si fuera imposible” o el damnificado optara por ella— también coincidiendo con el artículo 505, ahora en su inciso 3°. La opción a favor del dinero pertenece al contratante cumplidor, o *in bonis*, no siendo facultativo del incumplidor elegir la reparación dineraria; en tal sentido el artículo 505, en sus tres incisos, marca un orden de prelación.

V) Relación causal.

Y finalmente, el último presupuesto: la relación de causalidad adecuada, artículo 906 (el tema está ubicado a mitad de camino entre los dos sectores de la responsabilidad civil, en el Título *De los Hechos*, arts. 901, 902, 903, 904, 905 y 906). Sabemos que el Código denomina al daño que es resultado del comportamiento antijurídico e imputable como “consecuencia” y, a la vez, limita la reparabilidad, salvo una situación excepcional (art. 905), a las inmediatas y las mediatas (excluyendo las casuales y las remotas). El criterio para incluir o excluir de la reparación a daños que pueden considerarse vinculados con el hecho, es el de la previsibilidad: fueron concretamente anticipados o pudieron serlo, a la hora de obrar, actuando con cuidado y previsión. Y para poner fin al debate, ya planteado en la doctrina nacional, acerca de qué pautas seguir para considerar a un daño previsible, la Reforma optó por la tesis doctrinaria de la “causalidad adecuada”; tesis del observador retrospectivo medio, básicamente objetiva.

La amplitud de los textos, la falta de referencias limitativas y, en especial, la norma del artículo 1083, donde se alude a la reposición de las cosas a su estado anterior, inclina a la doctrina a favor de la “reparación integral”, en el terreno de los ilícitos, sin perjuicio de la facultad moderadora ya mencionada; la presencia de normas concretas (arts. 520 y 521), marca una diferencia fundamental en el sector de las obligaciones: reparación limitada a las consecuencias “inmediatas y necesarias”, como regla; sólo la malicia —que conceptualizamos como el “dolo en el incumplimiento, o inexecución a sabiendas, agravado con la previsión del resultado perjudicial y el querer causarlo”— permite ampliar la reparación a las consecuencias mediatas.

Esta última es la solución que, a falta de normas específicas, se aplica en la responsabilidad contractual:

- 1) Inejecución culposa, en sus rostros: negligencia, imprudencia e impericia, sólo conlleva la reparación de los daños que fueren consecuencia “natural y ordinaria” de incumplimientos semejantes (artículo 520).
- 2) Inejecución dolosa, falta de cumplimiento a sabiendas o consciente, queriendo no ejecutar lo debido, confluye a una solución idéntica, art. 520.
- 3) Inejecución maliciosa, demostrada por el contratante *in bonis*, con la prueba de la intención perversa de perjudicar con la inejecución, conlleva a la reparación de las consecuencias inmediatas y de las mediatas, “que resultan solamente de la conexión de un hecho (la inejecución de que se trata) con un acontecimiento distinto” (o varios acontecimientos diferentes, propios de las circunstancias del caso), artículo 521 (3).

Muchas voces, entre ellas la nuestra, se han alzado para criticar este criterio restrictivo, que se aparta del ideal de la reparación integral. Adherimos a esta reparación plena, pero con la salvedad de incorporar,

(3) La cuestión se plantea con motivo del reajuste de las deudas, impuesto por la situación inflacionaria. Si dicha actualización se calificaba como un rubro de la responsabilidad, el daño en el valor de la moneda, consecuencia del retraso o del incumplimiento, era preciso analizar, para incluirla en la reparación, si se trataba de consecuencia inmediata o mediata. En rigor, parece que no es el mero no pagar el que origina de ordinario dicho detrimento, sino el no pagar en las circunstancias económicas financieras actuales del país, vale decir en relación con otro u otros hechos distintos; de donde, calificado como consecuencia mediata no era reparable, salvo la prueba de la malicia, de casi imposible producción. La cuestión halló solución apropiada al estimarse que el reajuste o actualización no es sino mantener el valor o poder adquisitivo de la moneda; no es la reparación de un cierto daño, sino la conservación del valor fundamental de la moneda como instrumento de cambio y común denominador de las cosas.

también para la responsabilidad contractual, la facultad moderadora de los jueces. Creemos que en la práctica del Derecho, en su vida en el Palacio de Justicia, tal facultad es ejercida, pretorianamente, en múltiples ocasiones. Serán las circunstancias del caso, unidas a la prudencia judicial, las que llevarán a reparar todos los daños en relación causal adecuada, previsibles, o sólo una parte de esos daños.

4. EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. CONCEPTO FUNCIONAL

No se puede hablar del “cumplimiento exacto” del contrato y de sus opuestos, el incumplimiento total, el parcial, el distinto, el viciado, etc., sin antes saber, a ciencia cierta:

- a) Cuándo estamos frente a un contrato existente, fuente de deberes patrimoniales;
- b) cuáles son esos deberes nacidos del contrato; y,
- c) con qué parámetros deben ejecutarse tales deberes: cualquier ejecución; ciertas ejecuciones; atendiendo a la formalidad jurídica, a la realidad negocial., etc., etc.

Estas cuestiones apasionantes, por lo general ignoradas, han sido iluminadas por las doctrinas alemana e italiana de las últimas décadas (⁴).

(⁴) En la doctrina francesa, siempre tan importante para nosotros —y con tantos seguidores en la doctrina nacional— pueden consultarse las obras siguientes: GHESTIN, Jacques, *Le contrat*, en *Traité de Droit Civil*, obra bajo su dirección; edic. L.G.D.J., París, 1980, N° 263, p. 203 y ss.; VINEY, G., *La responsabilité*, en el mismo Tratado, t. IV, París, 1982, N° 181, p. 210 y ss.; MAZEAUD H. L., *Traité de la responsabilité civile*, t. I, par A. TUNC, 6ª edit., N° 109 y ss.; SAVATIER, R., *Traité*, t. I, 2ª edic., N° 123 y ss.; LE TOURNEAU, P., *La responsabilité civile*, 2ª edic., N° 156.

I) CONTRATO EXISTENTE

Un contrato existente es un contrato perfeccionado, celebrado válidamente; por lo común será meramente “una declaración de voluntad común” (art. 1137), un negocio puramente obligacional o de promesa, en el cual las partes asumen tales y cuales compromisos; al decir de un sector de la doctrina, una declaración programática. Empero, ello no excluye la posibilidad de que concurren con la declaración actos ejecutivos, que se realicen hechos o se entreguen bienes, como acontece con los contratos reales y, en una esfera más limitada, con la dación de una señal o arras (arts. 1140, 1141 y 1142, acerca del distingo entre consensuales y reales, y 1202 sobre las arras) (5).

Al existente se opone el inexistente, que es un no contrato, uno no celebrado; pero también está fuera de nuestra consideración el contrato nulo, en virtud de un vicio manifiesto congénito, que no produce los efectos

(5) La delimitación entre situaciones contractuales y extracontractuales no es siempre clara y precisa; existen múltiples supuestos, siempre en orden a la calificación de la responsabilidad por daños, en los que la ubicación en uno u otro ámbito resulta discutida y discutible. La doctrina francesa distingue entre “actos benévols” y “prestación de servicios remunerados”; en la primera hipótesis, sin perjuicio de subdistinguir entre perjuicios padecidos “por el beneficiario del servicio gratuito” y daños padecidos “por el autor del acto benévolo”, se pone de resalto la resistencia a someter esos detrimentos a la esfera contractual. El ejemplo más significativo es el del transporte benévolo. Antes de ahora hemos expresado nuestra opinión contraria a la exclusión de estos casos, con base en el argumento de la gratuidad, puesto que la propia ley nos muestra pluralidad de contratos gratuitos. Lo definitivo es la patrimonialidad del objeto (art. 1169), aunque medie “un simple interés de afección”. La solución está en el texto (art. 1169) y no en la nota, que agrega, indebidamente, el requisito de la patrimonialidad del interés o ventajá. En cuanto a los servicios remunerados su colocación fuera del contrato no es fácil, salvo en las hipótesis extremas de los servicios médicos prestados a personas privadas de la conciencia; el servicio de los escribanos de registro, pese a su calificación como funcionarios públicos, exhibe claras facetas contractuales.

propios del negocio válido (arts. 1038 y ss.), aunque obligue a las partes a volver al *statu quo* anterior (artículo 1052).

Otra es la situación jurídica del contrato anulable, o sea de aquel celebrado con un vicio que si bien existe al momento de su perfeccionamiento —y recae sobre un elemento estructural del negocio: vicio en las voluntades que concurren a formar el consentimiento (artículo 1144 y ss.), o en el objeto u operación jurídica considerada (arts. 1168 y ss.), en la causa o motivo determinante (arts. 500 y ss.), o bien en la solemnidad dispuesta por la ley— requiere, al no ser manifiesto, de un juzgamiento previo. El artículo 1046 precisa que “los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase”. Vale decir que, pendiente la nulidad, actúan como si fueren válidos y eficaces (6).

(6) Pueden consultarse, en la doctrina francesa: LEGRÓS, E., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité de contrats*, th., Dijon, 1900; ROUX, P., *Des dommages - intérêts pour nullité des contrats*, th., París, 1901; ROUBIER, *Essai sur la responsabilité precontractuelle*, th., París, 1911; PERIER, *Responsabilité pour nonformation ou nullité d'un contrat*, th., Montpellier, 1947; HUET, J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th., París, 1978; CHESTIN, J., *ob. cit.*, p. 801 y ss.; VNEY, *ob. cit.*, p. 211 y ss. Sobre el tema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad nacida de un contrato nulo, no agotado de manera alguna, ha aportado últimamente Huet observaciones interesantes: sostiene que desde el momento que el acuerdo se celebra, aunque fuere vicioso, las partes dejan de ser terceros y de ahí que deban imperar las “reglas de naturaleza contractual”, entre ellas la que dispone el actuar de buena fe; reniega ese jurista francés del argumento que denomina “cronológico”, que hace hincapié en la existencia previa de un contrato válidamente perfeccionado —*ob. cit.*, p. 248 y ss.—. Otra cuestión de la mayor importancia es la atingente al daño resarcible: si sólo el “interés negativo”, al decir de Ihering, o sea el “interés en la celebración del negocio”, o bien una “reparación integral”, comprensiva del “interés positivo” o ventajas que se hubieran seguido del cumplimiento; por un lado, se sostiene que el distingo es razonable, puesto que si el contrato se anula no puede reclamarse, sin contradicción, los daños originados en su inejecución; empero, otro sector, juzga que se parte de un juego de palabras, y, además que no hay razón suficiente para limitar, en terreno extracontractual, la

Sea la del juez una actuación pasiva, por ser la nulidad de pleno derecho, sea activa, por necesitar de su juzgamiento, lo cierto es que los contratos nulos no originan para el autor del hecho o comportamiento que da pie al vicio, responsabilidad contractual. Se trata de una extracontractual, aunque calificada por ocurrir *in itinere* o camino al contrato, de donde la denominación de precontractual; su fundamento se encuentra, para un sector, en el daño causado (art. 1109), y, para otro, en el apartamiento de los deberes que la buena fe impone al momento de la celebración del contrato (art. 1198, primera parte) (7).

No debemos confundir inexistencia o nulidad —existencia viciada que, a la postre, vuelve a la nada— con ineficacia contractual. El contrato puede tener suspendido sus efectos, sea en virtud de la nulidad: ineficacia por invalidez, sea a pesar del perfeccionamiento válido, con base en un plazo o una condición suspensiva:

- a) Ineficacia por un estado originario de muerte;

reparación a las consecuencias inmediatas, dejando fuera las mediatas. MARTY ET RAYNAUD, *Obligations*, p. 195 y ss.; STARCK, *Obligations*, p. 509 y ss.; etc.

(7) Sobre la responsabilidad precontractual y la post contractual remitimos a nuestra obra sobre *Contratos*, edit. Ediar, Bs. As., 1978, p. 357 y ss. Tratamos también allí la responsabilidad contractual, p. 337 y ss., en especial p. 355; el tema fue analizado, así mismo, en *Responsabilidad por Daños*, edit. Ediar, t. I, Parte General, Nº 115, p. 335 y ss. Luego, sobre la responsabilidad contractual en supuestos particulares, se ocupa el t. II - A, Parte Especial. Es muy interesante el distingo que formula la doctrina francesa entre responsabilidad precontractual previa anulación del contrato, en la cual aparecen las "particularidades" propias de esa "situación objetiva", y responsabilidad precontractual sin anulación del contrato, por no haberse llegado a su celebración. No debe perderse de vista, en tales temas, la actuación de quien demanda anulación y reparación, en orden al "vicio invalidante"; respecto de su origen, presencia en el negocio, reconocimiento o descubrimiento, etc., etc. Puede ocurrir, asimismo, que el actor por responsabilidad o reconviniente, sea la contraparte de quien acciona por la nulidad del contrato. Conviene insistir en que, cualquiera sea la suerte de las tratativas, la buena fe debe imperar en ese período.

- b) ineficacia por un estado de enfermedad, no obstante el cual el contrato puede ser eficaz, producir efectos durante ese estado de pendencia;
- c) ineficacia pese a la vida y a la salud, por falta de un requisito convencional o por estar sujeto a una modalidad;
- d) ineficacia pese a la vida y a la salud por falta de un requisito legal o *conditio iuris*;
- e) ineficacia *erga omnes*, frente a todos, que es la regla; y,
- f) ineficacia frente a persona o personas determinadas o inoponibilidad.

El contrato ineficaz, que no produce efectos, que está paralizado, no puede, al menos en principio, originar responsabilidad, puesto que en la base de ésta se halla el incumplimiento y la ineficacia obsta a la producción de las consecuencias negociales.

El contrato debe ser tal, para que podamos hablar de responsabilidad por su incumplimiento; por lo común hay contrato a partir del acuerdo de voluntades (art. 1137), o sea del consentimiento, sin perjuicio de la forma dispuesta en los solemnes absolutos —p. ej., artículo 1810, donación de inmuebles— puesto que la omisión del ropaje obsta a la producción de efectos jurídicos, sin perjuicio de generar obligaciones naturales (art. 515, inc. 3º), que cumplidas voluntariamente no autorizan la repetición (art. 516). Y sin perjuicio, así mismo, de la categoría de los reales, que han menester de la entrega como elemento perfeccionante: depósito, mutuo, comodato, donación manual, renta vitalicia, prenda con desplazamiento.

No interesa que se trate de un contrato preliminar o de uno definitivo, puesto que ambos son contratos, sin perjuicio de producir efectos diferentes y, por tanto,

generar responsabilidades distintas. Tiene que ver con el tema de la conversión jurídica, del cambio de un negocio en otro por voluntad de la ley, *ope legis*, como acontece con los formales relativos del artículo 1184, a mérito del 1185; con la donación para después de la muerte, del 1790; etc., etc.

II) DEBERES NACIDOS DEL CONTRATO

La pregunta acerca de cuáles son los deberes que nacen del contrato —deberes y derechos— equivale a interrogarse sobre la integración del contrato:

- ¿es la obra exclusiva de las partes,
- o exclusiva de la ley,
- o una obra compartida?
- ¿Se complementa con usos y costumbres,
- y con deberes que dicta la buena fe,
- y otros que impone el uso regular de las prerrogativas, y
- otros que dicta la equidad?
- ¿Y cuál es el papel de las condiciones generales de la contratación?

Una visión simplista puede llevar a sostener que el contrato, como que es el ámbito de la autonomía de la voluntad, de la libertad contractual, donde se evidencia el poder jurigenético de los particulares, es la obra exclusiva de las partes celebrantes⁽⁶⁾. Acuerdo

(6) Puede consultarse de FERRI, L., *La autonomía privada*; traduc. de L. Sancho Mendizábal, edit. Rev. Der. Privado, Madrid, 1968. La profesora de la Universidad de París, Geneviève Viney, se expresa en términos muy distintos: "En realidad, el contenido del contrato supera largamente las disposiciones que las partes han explícitamente incluido... la concepción voluntarista, que dejaba exclusivamente a los celebrantes, sin ningún control, la integración del negocio, está superada. El contrato es actualmente considerado como un instrumento jurídico destinado a realizar ciertas operaciones económicas y el acento es puesto sobre su rol social,

sobre una declaración de voluntad común (art. 1137); “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla...” (art. 1197, primera parte).

Empero, esta visión, a más de simplista harto individualista, desconoce el rol del Derecho en la contratación; la presencia de normas legales dirigidas a estructurar el negocio jurídico contractual con fuerza imperativa, señalando sus elementos indispensables: consentimiento, objeto, causa y, en ocasiones, forma.

Semejante visión ignora que el contrato, cuya finalidad económica es la satisfacción de las necesidades del hombre, tiene, al menos en esa medida, una función social que cumplir; de ahí que deba estar preservado y no comprometido por su vigencia, el orden público político, el social y el económico, además de las buenas costumbres (arts. 21, 953, 1071 y concordantes).

Se deja de lado, con la afirmación acerca del quehacer exclusivo de los particulares, la misión imperativa de la ley en orden a la regulación de los contratos típicos, al menos en sus aspectos estructurales —cosa y precio en la compraventa— y la misión dispositiva o supletoria en orden a la formulación de las consecuencias normales u ordinarias, en esos mismos contratos típicos (°).

es decir, sobre el interés que presenta no sólo para las partes, sino para la colectividad en su conjunto”. En el mismo sentido de VINEY —*ob. cit.*, p. 215 y ss., N° 185— las obras recientes de ROUHETTE, V., *Contribution a l'étude critique de la notion de contrat*, th., París, 1965; COUTURIER, G., *L'ordre public de protection. Heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, 1979, p. 95 y ss.; J. ARMAND - PRÉVOST et D. RICHARD, *Le contrat déstabilisé (De l'autonomie de la volonté ou dirigisme contractuel)*, J.C.P., 1979, I; CORNU, G., *L'évolution du droit des contrats en France. Rapports aux Ires. Journées juridiques franco-japonaises*, 1979; GHESTIN, *ob. cit.*, Nros. 93 a 114.

(°) En la regulación imperativa, en orden a los elementos estructurales generales y a los específicos de cada tipo, hay un evidente “dirigismo” contractual, ejercitado por el Estado por la vía legislativa, que, como señala Viney, “tiende a ampliarse en los tiempos actuales con la aparición

Los celebrantes tienen que ejercer la autonomía privada dentro de estos parámetros; les compete la elección de la figura contractual a la cual habrán de someterse, si típica o atípica; les cabe incluso la posibilidad de alterar con sus pactos los efectos naturales o normales del negocio típico (¹⁰). Y, en orden a los atípicos, pueden hechar a correr su imaginación creadora, sin otras limitaciones, en lo estructural, que las propias de la figura contrato, y, en punto a las cláusulas, las que se desprenden de la función social del negocio y el logro del bien común. En los atípicos es donde los “efectos accesorios” tienen cabida más ancha o plena; ellos son, casi exclusivamente, obra de las partes (¹¹).

de nuevas técnicas contractuales” —*ob. cit.*, p. 216—. En cuanto a los efectos normales, considerados tradicionalmente como meramente suplementarios, orientados a cubrir el silencio o la omisión de las partes, a salvar su ignorancia o su descuido, adquieren un valor desconocido en el derecho actual, puesto que se estima que sólo pueden ser dejados de lado con base en un pacto expreso orientado a esa finalidad; traducen, tales efectos, la voluntad del legislador, en orden a asegurar el equilibrio en los negocios, el cambio justo, la armonía en las relaciones contractuales.

(¹⁰) Se formula el distingo siguiente: a) los pactos nacidos de la discusión, en los cuales la voluntad de ambas partes se ha expresado con libertad plena, privan sobre los efectos naturales; b) los pactos originados en la adhesión, incorporados en “condiciones generales de contratación”, en tanto muestran una voluntad fuerte y una débil, una diferencia fundamental en el poder de negociación y contralor, no privan sobre los efectos naturales. Así se resolvió, en la interpretación del derecho vigente, en las últimas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en La Plata, en setiembre de 1981.

(¹¹) Los problemas, en punto a los contratos atípicos o no regulados, son varios: a) el reglamento o estatuto contractual suele ser la obra exclusiva de una de las partes, la empresaria de bienes o servicios; b) este poder, unido a la ignorancia e inexperiencia de la contraria, multiplica el afán de aprovechamiento y lleva a las cláusulas vejatorias o leoninas; c) la inseguridad jurídica es mayúscula, puesto que el adherente no sabe a ciencia cierta cuáles son sus derechos y deberes; d) las costumbres no suelen ser muy firmes en tales negocios, posibilitando las alteraciones caprichosas del predisponente; e) en caso de surgir un conflicto la integración o regulación sobre la base de la “analogía”, del típico más parecido, no es siempre tarea fácil; f) las cláusulas accesorias suelen des-

De donde puede afirmarse con verdad que, mientras en los típicos el quehacer común es manifiesto, y el resultado negocial es obra compartida entre particulares y ley; en los atípicos priva, en cambio, el quehacer particular. Es en estos últimos donde aparece, ocupando el lugar de la norma legal, la fuerza normativa de la costumbre: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente". Y este último caso, previsto en el artículo 17 del Código Civil, es el que ofrecen los contratos atípicos: situaciones no regladas legalmente ⁽¹²⁾.

El contrato, en la visión solidarista actual, habla por sí mismo, más allá de lo dicho o "puesto" por los contrayentes. Y como ejemplo supremo de este *faire parler le contrat*, citamos el standard de la buena fe negocial, creadora, según se ha anticipado, de importantes deberes para los contratantes; así, entre otros, los "deberes de seguridad", importantes en contratos tales como el transporte, espectáculos públicos, servicios de salud, etc.; "de información", "de guarda y cuidado".

Ocurre que, así como se amplía el ámbito contractual, calificando de este modo a situaciones que antes se consideraban ajenas a todo acuerdo, proliferan los deberes emanados del contrato, orientados a hacer de él "un instrumento bien adaptado a las finalidades eco-

figurar o irregularizar el contrato atípico, usando estos términos (más propios de los tipificados) en el sentido de apartarlo de la imagen común o corriente.

⁽¹²⁾ Las costumbres no deben ser confundidas con los usos o cláusulas de estilo impuestas por un sector en su propio beneficio; tales estipulaciones tienen un sentido sectorial que no es propio de la costumbre; además, apuntan a fortalecer la posición de una de las partes, a aumentar sus ventajas, en detrimento de la contraparte; lo cual tampoco es específico de las costumbres que, para ser normativas, deben ser "buenas costumbres".

nómicas que persigue y, a la vez, pertrechado para no ser fuente de injusticias" (13).

Y así como la concepción vigente crea "deberes", también ocurre que limita o recorta "derechos" originados en la autonomía de la voluntad negocial. Es lo que acontece por aplicación del artículo 1071 del Código Civil, norma destinada a proscribir los ejercicios abusivos, antifuncionales, irregulares o antifinalistas de las prerrogativas o facultades subjetivas. El contrato no puede ser el campo del "abuso"; debe ser el ámbito destinado al "uso". El interés particular debe compararse con el general o comunitario; el espíritu de lucro, el egoísmo, el afán de especulación, encontrar una barrera infranqueable en el bien común, la paz social, la tranquilidad de todos (14).

El orden particular armonizarse con el orden público (15).

(13) VINEY, *ob. cit.*, Nº 185, p. 216 y ss. La interpretación -integración se aparta cada vez más de la exégesis, de las meras o solas palabras del negocio, para atender a un contexto que abarca el contrato y sus circunstancias y tiene muy presente el resultado perseguido con el mismo.

(14) El Estado moderno está anoticiado acerca de la importancia de la contratación en orden a la satisfacción de las necesidades —lo cual hace que los contratantes sean, por lo común, "consumidores" y "productores" o "distribuidores" de bienes o servicios— y la trascendencia que las injusticias o los abusos tiene para la paz social. En tal sentido es que se afirma, cada vez con más fuerza, la "función social del contrato" y la combinación que opera entre intereses privados y públicos.

(15) El orden público, en su versión contemporánea, es el orden que se orienta a la satisfacción de los intereses sociales o comunitarios, del bien común; es el orden que tiende a preservar esos valores, que se verían comprometidos por los acuerdos privados; se confunde con la normativa con fuerza imperativa, inderogable, que se impone a las partes; puede originarse tanto en las leyes como en decisiones judiciales, que captan un "orden público virtual", al lado del textual. Sus finalidades, que eran tradicionalmente políticas y morales, apuntan ahora a lo económico y lo social. Se alude, con insistencia, a un "orden público de dirección" y a uno de "protección"; destinado el primero a orientar la economía —sea en un sentido dirigista o en uno neoliberal, destinado a "mantener o restablecer las condiciones de libre concurrencia"— y el segundo a la protección "de las categorías o sectores sociales particularmente desfavorecidos",

La moral de cada uno no puede romper con la moral social (16).

El aprovechamiento y la usura son “fines” opuestos a los fines del Derecho, en general, y de las instituciones jurídicas, en particular (17).

Y así como el contrato “nace en equidad”, puesto que los celebrantes atienden a sus intereses particulares, a sus circunstancias específicas, a su particular visión “de las cosas” —*rebus sic stantibus*—, también debe vivir en equidad y, frente al desquiciamiento o la frustración, interpretarse y revisarse en equidad. Ella,

que se denominan genéricamente débiles. Si bien el Derecho y la Justicia buscan la composición de los intereses contrapuestos, cuando ello no es posible, en situaciones límites en las que es preciso optar por uno de esos intereses, en detrimento del otro, el Derecho se ubica junto a los “débiles”, por su mayor necesidad de protección, por la jerarquía de los bienes comprometidos. Ese trato desigual se justifica por la diferente situación de unos y otros; no olvidemos que la “igualdad ante la ley” es para los iguales, no para débiles y fuertes, haciendo caso omiso, tabla rasa, de sus particularidades.

(16) En los últimos tiempos, reivindicando el “derecho a la diferencia”, se alzan voces que cuestionan tal o cual moral religiosa o trascendente —en particular la moral cristiana tradicional, que es la de la mayoría de los ciudadanos— y proponen, en sustitución, una moral natural o bien, frente a la crisis de ésta, un pluralismo de concepciones morales. Puede consultarse de ROLLAND, P., *La liberté morale et l'ordre public*, Th., París, 1976. Lo cierto es que la limitación del mensaje moral a los aspectos relacionados con el sexo, como era propio del siglo XIX, resulta hoy en día parcial e inadmisibile. La moral tiene que ver, y mucho, con el espíritu exagerado u obsesivo de lucro, con la denominada mentalidad capitalista, con la usura, con el aprovechamiento en los negocios onerosos, con la ruptura buscada o querida del equilibrio de los valores en cambio. Al lado de la moral sexual ha ganado plaza una moral económica y también una moral social; así como en lo religioso se alude a los pecados económicos y sociales, propios del mundo actual.

(17) El “finalismo” consagrado en el artículo 1071 se interroga sobre el por qué del Derecho y sobre la razón de ser de cada institución, en orden a la felicidad en la tierra, a la convivencia armónica. El contrato, como institución jurídica, no apunta a cualquier satisfacción de las necesidades del hombre, sino a una en justicia y equidad; de donde cada negocio debe ser confrontado con esos valores, para concluir afirmando su armonización o contradicción; ya no puede predicarse que el contrato es, como acuerdo de hombres libres, justo, siempre y por sí mismo; la justicia o injusticia puede albergar en él...

la equidad, impone deberes, en el proceso de integración del contrato; manda atender, a más de lo “puesto” a lo “presupuesto”, a lo sobreentendido, a lo que se desprende de la atmósfera que se respiraba al momento de la celebración, a las perspectivas de perdurabilidad o cambio...

Despersonalizar el contrato, juzgarlo con base en criterios genéricos y abstractos, prescindentes de las personas intervinientes, del tiempo de su nacimiento y del lugar de su celebración, es olvidar la equidad como pauta integradora (18).

Y nos resta decir dos palabras sobre las “condiciones generales de contratación” como técnica moderna para llegar al acuerdo y, por ende, al contrato. Las “c.g.c.” no tienen fuerza normativa por sí mismas (19); la logran en la medida en que toman la forma de cláusulas e integran, por su incorporación expresa o indirecta, el contrato. Su fuerza jurigenética es limitada, por traducir un poder de contratación y contralor diferente; de allí que sean pospuestas por los efectos normales y, además, sujetas a la revisión, a la luz de la buena fe, el ejercicio regular, el orden público y la moral social. No olvidando, en los contratos onerosos, el equilibrio necesario entre prestación y contraprestación (20).

(18) La equidad resiste la uniformidad, la estandarización de los negocios, el tráfico de ventanilla, la prescindencia de las particularidades; y ello se hace evidente a la hora de la revisión judicial, cuando tales técnicas han sido mal utilizadas, han sido objeto de una deformación en aras del provecho personal. Entonces la uniformidad deja su paso a las circunstancias del caso; la generalidad a las peculiaridades...

(19) No son ley, ni costumbre con poder jurígeno, ni usos obligatorios; son cláusulas de estilo, en beneficio de los sectores que las crearon y apuntan a vulgarizarlas; son intrascendentes en tanto en cuanto no se incorporen a negocios concretos. Es la tesis contractualista, defendida por de Castro y Bravo, en la conocida polémica con Joaquín Garriguez.

(20) El equilibrio, la relación justa entre los valores en cambio, en los contratos onerosos —que por definición tienen en cuenta la reciprocidad

III) EJECUCION DEL CONTRATO

Resta considerar cómo debe cumplirse el contrato; cuál es la ejecución que el Derecho exige y cuál la que repudia y califica de inejecución, fuente de responsabilidad.

El tema puede abordarse desde distintas vertientes :

- A) Normas legales destinadas a señalar el modo o manera de ejecutar el contrato;
- B) normas convencionales;
- C) el cumplimiento como realización del contenido del contrato:
 - 1) sentido subjetivo;
 - 2) sentido objetivo;
 - 3) el fin del contrato.

Empecemos enfatizando en una verdad de perogrullo: uno es el contrato, su programa de realizaciones, y otro, distinto en tiempo y, a veces, en sujetos, el cumplimiento de esa programación. De ahí que pueda existir, por vía de ejemplo, un contrato con base en un acuerdo válido, sin error, dolo ni violencia, seguido, luego, por un cumplimiento viciado, equivocado, o engañoso, o bien forzado, en su aceptación, por la intimidación moral o la fuerza física.

El cumplimiento es hecho o acto que sobreviene a la contratación; de una naturaleza jurídica diferente y con una finalidad también distinta; tiende a extinguir lo que antes se creó; y para ello recurre a una vo-

de prestaciones— (art. 1139, primera parte), es elemento esencial de tales negocios; su falta o carencia, cuando es grave, lleva a la nulidad, por presumirse el aprovechamiento; cuando es leve o tenue, debe ir unida a la demostración del aprovechamiento (art. 954), que expone la lesión objetiva - subjetiva. Ese “aprovechamiento” es, en la mayoría de los casos, algo que se infiere de los hechos, algo objetivo; no requiere una especial malicia.

luntad, la del titular de los deberes, o a ambas voluntades, titular de deberes y titular de los derechos.

No es, lo sabemos bien, la manera única de extinguir el negocio; apunta a la extinción por el agotamiento de los efectos. Empero, comparte el catálogo de medios extintivos con otros que son extraños al cumplimiento o satisfacción de los derechos del o los contratantes con base en lo programado, de una manera específica o *in natura*. El distracto o acuerdo para poner fin al negocio, artículo 1200, también lo extingue; y ocurre algo similar con el “arrepentimiento”, artículo 1202, con la resolución, artículo 1204, con la rescisión, artículo 1200, con la renuncia, artículo 868, la imposibilidad, artículo 888, la muerte en los personalísimos, etcétera.

Lo que importa para que haya cumplimiento, digámoslo desde ya, es la realización del interés económico y del afectivo puestos en juego; es el logro de la finalidad económico-social; lo que los juristas italianos denominan la causa. No se contrata para producir efectos jurídicos mera o únicamente; se contrata para la concreta satisfacción de necesidades. Y los efectos jurídicos son sólo vehículos o medios para arribar a aquella satisfacción.

A) Las normas legales relativas al cumplimiento.

Deben buscarse en distintas partes de la ley, en el Código Civil y en leyes complementarias ⁽²¹⁾; en la regulación de las relaciones patrimoniales nacidas del

⁽²¹⁾ Es común, en nuestro país, acordar a esas leyes una “categoría inferior”, como si estuvieran por debajo del Código Civil, con olvido que el Código es sólo una ley, la 340, y puede ser modificado, por ende, por otras leyes. En Francia, recuerda Ghestin, “las disposiciones originarias del Código Civil, relativas a la teoría general del contrato, no han sido prácticamente modificadas...”; “la evolución del derecho positivo ha ve-

contrato, las creditorias —muy en especial— las reales y las intelectuales; pero también en el tratamiento dado a cada contrato típico en particular. Sin perjuicio, claro está, de lo que diremos en el párrafo siguiente al considerar los aspectos estructurales del pago.

Si la ejecución refiere a deberes de hacer, prestaciones consistentes en una conducta que se agota en sí misma —sin perjuicio de distinguir los haceres: a) materiales o intelectuales; b) personalísimos o no; c) que apuntan a un resultado próximo o a uno definitivo, “de medio y de resultado”— debe atenderse a lo dispuesto en el Título VIII, Libro II, Sección I, en especial a los artículos 625 y siguientes: “El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otro modo lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuese mal hecho” (22).

nido por la influencia de la jurisprudencia y de numerosas leyes especiales...” —*ob. cit.*, N° 88, p. 61—. Para mostrar una situación similar en nuestro país, basta con citar lo acontecido con el “boleto de compraventa”, ubicado en la teoría general, por efecto de los arts. 1184 y 1185, como “promesa bilateral”, contrato preliminar, previo a otro definitivo, la compraventa por escritura pública; sin embargo, la influencia de las leyes 14.005, de venta de lotes por mensualidades, y 19.724, de prehorizontalidad, unida a la labor esclarecedora de la jurisprudencia, ha permitido identificar el “boleto” con la “compraventa”, a los fines obligacionales; sin perjuicio de mantener la diferencia en punto a “título al dominio”, que lo es la compraventa por escritura (arts. 1184, inc. 1°, 2609 y concordantes), y no el boleto por instrumento privado.

(22) Todas las obligaciones de hacer son de resultado, en la medida en que en todas el deudor promete al acreedor llegar en su actividad o quehacer a un final feliz. El problema se origina en la interpretación de estas expresiones: resultado, final, logro, etc. El médico, cualquiera sea su intervención, asume el deber de poner, al servicio de su cliente, toda su ciencia, saber profesional, y su diligencia o cuidado; ese es el resultado que compromete. Lo mismo ocurre con el abogado que patrocinara una causa o se encarga de llevar adelante un litigio; los resultados son la actividad celosa, escrupulosa, eficiente, sapiente, etc. Ahora bien, cuando a esos vocablos se los vincula con algo más lejano o remoto, como es la curación del enfermo o el éxito en la litis, la cuestión es di-

Es de observar que la norma alude al “modo” de ejecución —tema que nos ocupa— y refiere a la “intención” de los contratantes. Vale decir que ese modo no se desprende de una interpretación exegética, de las palabras del contrato. ¿Y cuál es, por lo normal, esa intención? Despréndese del resultado tenido en vista, del programa negocial, causa fuente de la prestación.

Si el débito consistiese en un “no hacer”, la abstención debe ajustarse estrictamente a la intención de las partes, artículos 632, siguientes y concordantes.

Cuando la prestación es de dar caben dos distinguos:

- a) atendiendo a que la cosa sea o no cierta, artículos 574 y 601 y siguientes, respectivamente; y,
- b) en consideración a la finalidad tenida en mira con la tradición o entrega: a que sea una tradición dominial, artículos 2601 y siguientes; tenencial, artículo 2460 y siguientes, o posesoria, artículo 2377 y siguientes; la tradición puede apuntar, finalmente, a restituir la cosa a su dueño, artículo 574 y concordantes.

De ahí que el cumplimiento, en las relaciones creditorias que se concretan en un dar, no pueda prescindir de esas finalidades y sólo sea tal en la medida en que permita arribar a los logros tenidos en vista. Si se trata de constituir o transferir derechos reales, habrá que examinar si el contrato, que es el título al derecho real, es “suficiente” o no alcanza a serlo por

ferente. El tema tiene una gran importancia en cuanto a la prueba: a) la muerte del paciente y la pérdida del juicio, ¿permiten inferir la culpa del profesional interviniente, por analogía o asimilación al caso de incumplimiento?; y, b) ¿quién debe cargar con la demostración? ¿el médico probar que el deceso ocurrió pese a haber cumplido con los resultados prometidos, o los deudos probar que hubo incumplimiento y culpa en el mismo? Remitimos a nuestra obra *Responsabilidad civil del médico*, edit. Astrea. Buenos Aires, 1980.

faltarle, por ejemplo, la formalidad requerida, artículos 2602, 2609 y concordantes. No puede perderse de vista que frente a las relaciones jurídicas reales cumple el modo tradición un papel relevante, artículos 577, 2609 y concordantes; que los derechos reales sólo se adquieren, como regla, por el cumplimiento de la prestación de dar, o sea pasando por la relación creditoria. El comprador, a quien se ha prometido la transferencia del dominio de la cosa, tiene, por el solo contrato, un derecho "a la entrega", de naturaleza creditoria; que se constituye en derecho "sobre la cosa", de naturaleza real, luego de esa entrega.

Y el cumplimiento ha menester, en múltiples hipótesis, la colaboración de ambas partes: la tradición requiere "actos materiales del que entrega", pero también el "asentimiento del que la recibe", artículo 2379; y la "escrituración" o cumplimiento del extremo formal, instrumentación del negocio en escritura pública, artículo 1185, no es posible sin la colaboración de ambas partes: *tradens* y *accipiens*, vendedor y comprador, etc.

Los textos que precisan el "modo" de dar son abundantes: con los "accesorios" de la cosa cierta", artículo 575; "en el lugar y tiempo estipulado", artículo 576; cosas de calidad media, si se trata de cosas inciertas no fungibles, obligaciones de género, artículo 601; no pudiendo ser "cosa de la peor calidad de la especie", si la elección corresponde al acreedor, artículo 602; la "cantidad correspondiente", si fueren cantidades de cosas, en lugar y tiempo propio, artículo 607; y si fuese dinero, artículo 616 y siguientes, incrementado de manera de mantener su poder adquisitivo, artículo 619 (23); y

(23) En la medida en que se acepte que este texto, tan discutido, no adhiere al nominalismo, como ha pretendido un fuerte sector de la doctrina nacional, sino al "metalismo", que no es excluyente del "valorismo" o sea del reajuste por pérdida del único valor que cuenta a los fines jurídicos, el de mercado o poder adquisitivo.

si fuese moneda extranjera, traducida a pesos al cambio del día del vencimiento de la deuda, artículo 617 (24).

Como un corolario de la exposición de esta temática, partiendo del título *De las obligaciones con relación a su objeto*, cabe señalar que el no cumplimiento exacto permite inferir la culpa del deudor en la inejecución —presunción extraída por la doctrina de acuerdo con lo que generalmente ocurre—; si el acreedor alegase que el incumplimiento es malicioso, artículo 521, a objeto de obtener la reparación de las consecuencias mediatas, corre con la carga de la prueba de la intención perversa de dañar con la inejecución; si el deudor, en cambio, sostuviese que el incumplimiento le es inimputable, por mediar una causa de justificación o mejor una eximente —la imposibilidad del artículo 888 y siguientes, “prestación que viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor”; el caso fortuito, de los artículos 513 y 514 (25)— es a su cargo la prueba de semejantes extremos liberatorios (26).

La exposición de las normas legales relativas al cumplimiento no está completa sin la referencia a los textos específicos del título de los contratos “en ge-

(24) En rigor, el art. 617 juzga a las obligaciones en moneda extranjera como “de dar cantidades de cosas”, por lo cual habría que cumplirlas entregando “una cantidad correspondiente al objeto de la obligación, de la misma especie y calidad” (art. 607); empero, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que se cumplan en moneda nacional, única de curso forzoso y con poder cancelatorio, vale decir que se opere la conversión.

(25) El *casus*, es el hecho de la naturaleza “que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse” (art. 514): actúa sobre la prestación debida volviéndola físicamente imposible de cumplir, por pérdida o destrucción; debe distinguirse del hecho del Estado, príncipe o soberano, que es el hecho de una persona jurídica extraña, responsable de su obrar dañoso; y del hecho de terceros, personas privadas también responsables.

(26) Remitimos al t. III de *Responsabilidad por daños*, en el cual nos ocupamos de las eximentes; edit. Ediar, Bs. As., 1980.

neral" y de los títulos dedicados a los contratos típicos en particular.

El nuevo artículo 1198 da cabida al distingo entre la "ejecución diferida" y su opuesta, la "inmediata"; y entre la "ejecución continuada" y su contraria, en la clasificación dicotómica, la "instantánea". Semejantes criterios clasificadores apuntan a poner de resalto tres momentos en la vida del contrato, ubicando a la ejecución o cumplimiento en el medio:

- 1º) el nacimiento con el acuerdo;
- 2º) la producción de efectos y el cumplimiento de los mismos; y,
- 3º) la extinción o muerte por agotamiento.

El tiempo puede separar el primer momento del segundo, y entonces encontramos la ejecución diferida: el negocio se celebra hoy, para empezar a cumplirse mañana o pasado; a diferencia del perfeccionado hoy, para ser ejecutado sin más, sin solución de continuidad, ejecución inmediata. Y también puede separar los momentos segundo y tercero: el contrato, empezado a ejecutarse, prolonga en el tiempo ese cumplimiento, porque ha menester que así ocurra, para desplegar todas sus consecuencias, es la ejecución continuada, con sus variantes: la lineal y el tracto sucesivo, según que los efectos se reiteren o repitan en el lapso de ejecución o que ello no ocurra (lineal). O, por el contrario, comenzado a cumplirse se agota en un momento único, es la ejecución instantánea.

Estas categorías tienen enorme trascendencia en los momentos actuales, debido a la inestabilidad, a las variaciones, a las vicisitudes que acontecen en el tiempo; cuando la ejecución es instantánea el factor tiempo queda excluido y con él las consecuencias que arrastra: recordemos, por vía de ejemplo, el desquiciamiento eco-

nómico del contrato que encuentra causa en la inflación, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Viene al caso el debate —prolongado en los tribunales santafesinos—, acerca de si la compraventa es o no un contrato instantáneo; apegados a una visión ficcionista se sostuvo que lo es, aunque las partes hayan acordado un plazo para la entrega de la cosa y el pago del precio; que el tiempo quedaba excluido, por definición, sin que pudiera, de manera alguna, “fecundar sus efectos”; fue necesario un fallo descalificante de la Corte Suprema de la Nación para corregir esa visión y dar pie a una realista; lo que interesa es la prolongación o extensión temporal de las consecuencias, que acontece en los de ejecución diferida o aplazada y en los de ejecución continuada o bien de tracto sucesivo.

En cuanto a los contratos típicos o regulados, cada uno de ellos contiene, de manera pormenorizada, el tratamiento de la ejecución de sus efectos propios, del modo de cumplirlos. Es buen ejemplo, en el Título III, *Del contrato de compra y venta*, el Capítulo V, *De las obligaciones del vendedor* y el VI, *De las obligaciones del comprador*, artículos 1408 y siguientes y 1424 y siguientes, respectivamente (27).

B) Normas convencionales.

Las partes pueden incorporar al contrato las más diversas estipulaciones, tanto en orden al cumplimiento de los efectos nacidos del mismo, como en orden a las consecuencias que se siguen del incumplimiento. Las contenidas en la ley, por ser supletorias de la voluntad privada, pueden ser dejadas de lado, total o

(27) Lo mismo ocurre en cada uno de los contratos típicos, siempre sobre la base de normas supletorias o dispositivas.

parcialmente, o bien modificadas en uno o más aspectos. Es muy conveniente que se desprenda con claridad del contrato, por previsiones expresas, el modo o manera en que se deberá cumplir; ello evita problemas arduos de interpretación y aventa conflictos. Lo mismo acontece cuando las partes se han anticipado a las posibilidades de inejecución y han dispuesto ya, con detenimiento, lo relativo a la mora, cuándo se produce, qué efectos acarrea, los daños reparables, incluso la cuantía de los mismos. No olvidemos que la función de la señal o arras tiene mucho que ver con lo expuesto: sea en su rostro confirmatorio, dirigido a asegurar el cumplimiento, como en el penitencial, destinado a posibilitar el arrepentimiento, pero, a la vez, a estimar anticipadamente los daños. Y otro tanto acontece con la cláusula penal, que, entre otras funciones, tiene la de fijar la pena que deberá pagar el contratante incumplidor.

Lo mismo ocurre con el pacto comisorio expreso, convenido en previsión del incumplimiento a los fines de facilitar la resolución (art. 1204).

Es, incluso, la temática de los medios compulsivos, de origen convencional, destinados a "forzar" la ejecución del contrato (28).

C) Realización del contenido del contrato.

El cumplimiento agota el negocio porque, en palabras de Barassi y Andreoli, "actúa el contenido" del mismo, tanto desde el punto de mira del sujeto pasivo, titular de los deberes, como del activo, titular de los derechos (29).

(28) MOSSET ITURRASPE, J., *Medios compulsivos en Derecho Privado*, edit. Ediar, Bs. As., 1978.

(29) BARASSI, L., *Teoria generale delle obbligazioni*, t. I, p. 813; ANDREOLI, *Teoria dell'adempimento*, p. 2 y ss.

El cumplimiento, nos dice Puig Peña, está dentro aun de la vida del contrato; pertenece a la fase de la existencia y no de la muerte ⁽³⁰⁾.

Este es el concepto funcional del cumplimiento.

Las tres orientaciones que expondremos brevemente, si bien predicadas respecto de la relación obligacional, son de aplicación, salvando las diferencias que hemos apuntado ya, para el contrato:

1ª) Sentido subjetivo del cumplimiento es aquel que descansa en "el acto del deudor"; en la actividad, de carácter personal y solutorio, que debe cumplir el titular de los deberes. Para esta concepción, predominante en el Derecho Romano y en los códigos civiles que siguieron sus huellas, particularmente en el siglo XIX, los derechos del contratante son derechos a la prestación, considerada como "deber del deudor" ⁽³¹⁾. Una de las consecuencias más importantes que se siguen de esta idea es la de resaltar en materia de incumplimiento "a los elementos puramente subjetivos", culpa y dolo, subestimando la "simple falta del resultado de la prestación" ⁽³²⁾. El contratante quiere ser satisfecho en sus derechos y la insatisfacción es inejecución, frustración del resultado, aunque de parte del otro contratante no medie un reproche subjetivo, una imputación a su conducta. Otra consecuencia, observada de tiempo atrás por la doctrina, es que limita el "cumplimiento" al actuado por el deudor; descartando el que se pueda obtener por terceros o bien contra la voluntad del deudor, por la eje-

⁽³⁰⁾ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, t. IV, 1, p. 160.

⁽³¹⁾ De ahí las definiciones romanas de la obligación, con el énfasis puesto en el "vínculo", que ata al deudor; en el constreñimiento; en el sometimiento de su persona y en las graves sanciones que se siguen para el incumplidor - delincuente. De estas ideas participa Savigny.

⁽³²⁾ BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, p. 24 y ss.

cución forzada; así como otros excluyen el logrado con base en un contenido distinto al debido. En ninguno de estos casos habría “verdadera actuación por parte del deudor”, se llegaría, simplemente, “a la realización del derecho del acreedor”. Y de allí que se hable de “subrogados o sustitutivos del cumplimiento”, concedidos y permitidos por el ordenamiento jurídico para hacer efectivo el derecho del acreedor ⁽³³⁾.

2*) Sentido objetivo es aquel que subraya la trascendencia del “bien debido”; cumplir será lograr objetivamente que ese fin o resultado se realice y que el bien debido se convierta en bien recibido en el patrimonio del acreedor; lo decisivo, en consecuencia, será siempre y en todo caso, “que se realice y satisfaga el derecho del acreedor”. La circunstancia que determinó un vuelco total en la apreciación del fenómeno, nos dice Gamarra, fue la constatación de que la voluntad del deudor es incoercible, afirmada en forma indiscutible; si el deudor rehúsa cumplir nada puede constreñirlo a ello. De ahí que se cambien el “derecho” del acreedor a la prestación por la “expectativa” a que el deudor cumpla ⁽³⁴⁾. Empero, esta evolución —que hace decir a Carnelutti que

⁽³³⁾ PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, p. 44 y ss.

⁽³⁴⁾ Una formulación extrema se encuentra en BRUNETTI, cuando afirma que el deber que tiene el deudor de obrar para satisfacer al acreedor es “relativo y libre”. BRUNETTI, *Il diritto del creditore*, p. 294. Y es así, a su juicio, porque no es coactivo, ya que el deudor tiene la facultad de elegir “entre ejecutar la prestación o el dejar que el acreedor se satisfaga sobre los bienes”. Concluye sosteniendo que el incumplimiento de un contrato no es un hecho antijurídico, en la medida en que no viola un precepto penal. Para nosotros hay antijuridicidad, en el incumplimiento contractual, de carácter civil, que no requiere, claro está, sanción penal: y no hay tal “deber libre”. El cumplimiento está garantido al acreedor por la coacción, lo que significa que si el deudor no cumple, puede el acreedor recurrir a los medios de tutela de su crédito que le proporciona la fuerza estatal, para obtener una satisfacción equivalente sobre los bienes del deudor.

la teoría moderna de la obligación se ha vuelto un laberinto ⁽³⁵⁾— parte del distingo entre “débito” y “responsabilidad”, como elementos de la relación; y coloca en primera plana la responsabilidad: en caso de incumplimiento el acreedor tiene un verdadero derecho a recurrir a la ejecución forzada, obteniendo de esta manera la satisfacción de su interés, si no idéntica a la que le habría proporcionado el cumplimiento del deudor, por lo menos equivalente. Ya Windscheid había afirmado que el fin de la obligación es su cumplimiento y la doctrina italiana moderna destaca que la prestación tiene un sentido económico - social - objetivo, en tanto es medio dirigido, en palabras de Betti, “a tratar de lograr al acreedor una determinada utilidad de carácter económico” ⁽³⁶⁾.

3ª) Frente a la primera tesis, subjetiva o romanista, y a la segunda, objetiva o germanista, orientada a superar los excesos de una y otra, la excesiva personalización, por un lado, y la también excesiva despersonalización, por el otro —considerando que no se puede prescindir de la actividad o comportamiento del deudor, que es el elemento característico de la relación obligacional y constituye la forma normal de integración del aspecto funcional— se alzan voces potentes que predicen el derecho a la satisfacción del interés jurídicamente tutelado; destacan que ese interés puede satisfacerse por el contratante deudor, y configura el cumplimiento,

⁽³⁵⁾ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, n. 19. Para este eminente jurista la prestación pierde importancia hasta casi desaparecer; la concibe como “un tolerar la acción ajena, un padecer la acción del acreedor”; el objeto de la obligación, afirma, es el bien; el derecho del acreedor es un derecho al bien.

⁽³⁶⁾ BETTI, *Il concetto dell'obbligazione dal punto di vista dell'azione*, en *Studi della R. Università di Pavia*, 1919, p. 257 y ss.

o por un equivalente, ejecución forzada ⁽³⁷⁾. Es lo que Kretschmar llama dos clases de cumplimiento: uno en sentido amplio, con la realización del fin perseguido; y otro, en sentido estricto o restringido, actuación del contenido a través de la actividad personal desarrollada por el deudor. Beltrán de Heredia sistematiza los distintos procedimientos que llevan a la satisfacción del fin, del modo siguiente:

- a) Actuación del contenido de la obligación a través de la actividad del propio deudor obligado. El programa de prestación se realiza entonces de un modo completo; la obligación se cumple, actuándose el deber personal del deudor a cumplir, consiguiendo con ello la satisfacción del interés del acreedor;
- b) Realización de la obligación a través del procedimiento de la ejecución forzada sobre el patrimonio del deudor. En este caso, funciona la garantía de este patrimonio para hacer posible el fin de la obligación, mediante la responsabilidad patrimonial. Desde el momento que falta la actividad personal del deudor, aquel fin se habrá obtenido por un medio distinto y por un procedimiento incompleto;
- c) Realización de la prestación a través de la actividad solutoria de un tercero. Igualmente en este caso la realización del derecho del acreedor se consigue de un modo incompleto, al faltar la actividad del deudor;
- d) Obtención del fin de la obligación en sentido estricto por medio de alguno de aquellos supuestos

⁽³⁷⁾ Con la ejecución forzada no se transforma el derecho subjetivo del acreedor, ya que siempre es el mismo interés el que lo mueve; difiere el procedimiento empleado para su obtención y, en ocasiones, ejecución forzada específica, puede ser realizado casi exactamente sin siquiera variar su objeto.

que hemos mencionado como de *Zweckerreichung*, que se configuran cuando “nadie realiza la actividad necesaria para cumplir”;

- e) Realización de la obligación mediante los subrogados del cumplimiento que sustituyen a éste.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL CUMPLIMIENTO

El análisis de los aspectos estructurales del cumplimiento y, por ende, de su naturaleza jurídica, sólo pudo encararse doctrinariamente a partir de la concepción de Kohler, en la medida en que lo independiza, al cumplimiento, del acto que da origen a las prestaciones.

Empero, esa independencia no puede ser plena, no puede considerarse autonomía jurídica, puesto que “su estructura está marcada y detallada en aquella enunciación programática que contiene el acto constitutivo de la obligación”.

Diversas teorías se han disputado la preferencia en lo atinente a la naturaleza jurídica del cumplimiento:

- a) La del negocio jurídico, con sus variantes:
 - 1) negocio jurídico bilateral; y,
 - 2) negocio jurídico unilateral;
- b) La del simple acto jurídico, “acto material o de hecho”, al cual el ordenamiento adscribe consecuencias jurídicas⁽³⁶⁾; y,
- c) La del acto debido.

(³⁶) Buena parte del debate gira en torno al rol de la voluntad de quien cumple; el acto jurídico (art. 944), ha menester de una voluntad con el “fin inmediato” de producir efectos jurídicos; empero, la doctrina actual, se limita a exigir en la voluntad, tanto para crear como para extinguir relaciones, “que tenga un cierto contenido práctico”, para que se pueda poner en movimiento el mecanismo de un determinado tipo negocial. La voluntad, al decir de PUGLIATTI, es simple condición de hecho para la eficacia de la norma.

La primera tesis, tal vez la de más aceptación entre nosotros, es atacada desde distintos ángulos: se le objeta que:

- 1º) No existe en él la autonomía de la voluntad típica del negocio jurídico, ya que el cumplimiento de la voluntad está vinculado a un deber jurídico preexistente;
- 2º) El efecto que se produce, la extinción por agotamiento, no es el querido directamente por el agente, que lo único que pretende es cumplir, es decir, actuar el contenido de la obligación; y por ello puede decirse que el efecto jurídico producido no es congruente con el contenido de la voluntad; y,
- 3º) Fallan los requisitos esenciales del negocio jurídico que giran en torno de aquella eficacia y de la congruencia de ésta con la voluntad del agente (3º).

La segunda, del hecho jurídico —a la cual se llega luego de pasar por otros criterios que hablan del cumplimiento como “acto semejante” al negocio jurídico—, tiende a poner de resalto que el elemento volitivo del cumplimiento, el *animus solvendi*, no es apreciado por el Derecho, el cual toma en cuenta tan sólo el dato objetivo del pago, que como toda acción humana es voluntaria, pero la consecuencia jurídica se da *ex lege*, con independencia de aquella voluntad.

La tercera tesis, del acto debido, propugnada por Carnelutti, seguida por eminentes juristas italianos como Pugliatti, Nicolo y, en alguna medida Betti, pone el acento en que la voluntariedad del cumplimiento se reduce a “hacer aquello que se tiene que hacer”. De donde no puede ser un negocio jurídico, en la medida en que el cumplimiento no es un acto de voluntad soberana y

(3º) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, p. 116 y ss.

libre, sino que “está vinculado por la existencia de la obligación y los efectos se consiguen independientemente y aun contra la voluntad del deudor (40).

Sea de ello lo que fuere —no es el de la naturaleza jurídica nuestro tema central— el cumplimiento puede definirse como la satisfacción del interés jurídicamente tutelado, como tuvimos ocasión de precisarlo; y el incumplimiento se verifica entonces, al decir de Natoli, en todos los casos en que la prestación no se ejecuta, sea del punto de vista del objeto, sea del punto de vista de sus modalidades (en particular: tiempo y lugar) (41). Para Barbero el incumplimiento tiene lugar cuando la prestación resulta exigible y no resulta realizada, ni por el deudor ni por un tercero (42).

6. ESTRUCTURA DEL CUMPLIMIENTO

La estructura del cumplimiento tiene que ver con los requisitos subjetivos y los objetivos. Con la voluntad de cumplir, su aptitud para hacerlo, el motivo que tuvo en cuenta al contratar y, como se ha dicho y reiterado, los fines o función del negocio.

I) REQUISITOS SUBJETIVOS

Por lo normal los sujetos del cumplimiento han de ser los mismos de la celebración; sujetos singulares o plurales; y, en este último caso, conjuntos o disyuntos; en la primera hipótesis, conjuntos o mancomunados, simples o solidarios. La posibilidad de ceder el contrato, unida a la despersonalización de la relación obligacional,

(40) NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, p. 145 y ss.

(41) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. IV, p. 146 y ss.

(42) BARBERO, *Sistema*, t. II, 629, 47. Sobre el cumplimiento es fundamental la obra de DI MAJO GIAQUINTO, A., *L'esecuzione del contratto*, p. 183 y ss.

tanto en el aspecto activo como en el pasivo, hacen que los sujetos puedan ser diferentes, distintos a los originarios. No olvidemos, asimismo, que manteniéndose los sujetos inalterados puede ocurrir que sea un tercero el que, a pedido del acreedor (arts. 505, inc. 2º; 630 y concordantes), pueda procurarle la satisfacción de su derecho; es el “otro”, aludido en la norma precitada. O bien que un tercero, *solvens*, pague la deuda, con el beneplácito del obligado, sin su conocimiento o contra su voluntad (arts. 728 y ss.). La fungibilidad es, claro está, el presupuesto de esta sustitución. Desde el otro extremo de la situación, el activo, el cumplimiento sólo podrá efectuarse, también en lo normal, frente al titular del derecho. “El pago hecho a un tercero que no tuviese poder para recibirlo, es válido en cuanto se hubiese convertido en utilidad del acreedor, y en el todo, si el acreedor lo ratificase” (art. 733).

A) La intención de cumplir.

En cuanto a la voluntad de cumplir y a la particular intención de hacerlo o *animus solvendi*, la doctrina actual, no sin vacilaciones serias, predica que dicha voluntad prescinde de toda causa genética de naturaleza intencional y que se funda exclusivamente en el hecho de que material y objetivamente se ha llevado a cabo una determinada actividad⁽⁴³⁾. Dicho ánimo no pasa, dice el catedrático de Madrid, “de ser simplemente un momento volitivo preliminar que termina con su exteriorización a través de la actividad material del deudor y que, jurídicamente, representa tan sólo un antecedente de la misma, de carácter interno, y no el contenido actual y esencial de aquélla”. Sin embargo, la cuestión es debatida en la doctrina nacional, como consecuencia de

(43) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, p. 163.

la admisión mayoritaria de la naturaleza jurídica negocial del pago; para Alterini, Ameal y López Cabana sin *animus solvendi* no hay un pago. Es lo que ocurre, agregan, cuando el deudor paga bajo protesta, caso en el cual se reserva el derecho de discutir ulteriormente el derecho del *accipiens*; o cuando da bienes a embargo; etc. Se preguntan: ¿cuál es la situación si el acreedor recibe del deudor lo que éste le debe, sin que el deudor haya tenido intención de pagar? Y contestan que “no hay un pago”, pero “la obligación igualmente se extingue: el acreedor se satisface, obtiene su finalidad...” (44).

B) La intención del acreedor.

El debate se reitera en lo relativo al *animus* del *accipiens*, a su voluntad de aceptar, al modo de expresarla; a la necesidad de una aceptación de la oferta del deudor, exteriorizada de manera receptiva, en cada pago, o, por el contrario, a la presunción de una voluntad genérica, cuya existencia se destruye sólo con la voluntad expresa en contrario. La doctrina moderna se inclina por reconocer la existencia de la voluntad del *accipiens*, pero afirmando que ella se expresa objetivamente. Recordemos que el acreedor tiene deberes:

- a) de buena fe frente al *solvens*;
- b) de aceptación, expresa o tácita, y, como hemos visto, objetiva; y,
- c) de cooperación, dirigidos a facilitar y posibilitar el cumplimiento.

(44) ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *Curso de obligaciones*, t. I, Bs. As., 1975, p. 96, N° 186; para LLAMBÍAS, J. J., *Tratado. Obligaciones*, t. II, edit. Perrot, Bs. As., 1970, N° 1403, p. 715, reviste particular importancia la “intención excluyente del *animus*”; más adelante precisa que “el pago con protesta, es verdadero pago, que permite al acreedor disponer libremente de la prestación satisfecha”. En sentido coincidente, favorable a la exigencia del *animus solvendi*, se expide Busso, *ob. cit.*, *Cód. Civil Anotado*, t. V, N° 118, p. 302, edit. Ediar, Bs. As., 1955.

C) La capacidad.

La capacidad, para concluir con los extremos subjetivos, debe distinguirse según se predique del deudor o del acreedor; y, en el primer supuesto, capacidad del deudor, según cuál sea la prestación a cumplir. La doctrina se ha detenido en el análisis de la aptitud para hacer tradición de la cosa debida, en la prestación de dar con la finalidad de transmitir el dominio y es allí donde ha puesto el acento en la exigencia de una cierta aptitud para celebrar “un verdadero negocio de disposición” o “un negocio traslativo de carácter real” o bien el “contrato de tradición”. Empero, no debe perderse de vista que el “título” es el contrato y el “modo” de cumplirlo, la tradición; que ésta, según vimos, no configura un negocio distinto, que tenga necesidad de una capacidad específica. De ahí que, en la doctrina nacional, pese a exigirse la capacidad de hecho, en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 726 —además de la de derecho, “exigida genéricamente para todos los actos jurídicos por el artículo 1040” y de la legitimación respecto del objeto o sea la posibilidad de actuar con relación a éste—, se señala que “si el incapaz que pagó fue el deudor, se produce una neutralización de la acción de éste contra el acreedor por restitución, y de la acción del acreedor contra él por cobro de lo que se le debe; se trata de un supuesto de neutralización por compensación legal. . .” (45).

En cuanto a la capacidad del *accipiens*, se señala, en concordancia con el artículo 739, que debe ser capaz de hecho, con aptitud para administrar sus bienes, ar-

(45) ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *ob. cit.*, N° 190, p. 99. LLAMBIAS, *ob. cit.*, N° 1458, p. 788; BUSO, *ob. cit.*, t. V, p. 306, N° 151; para otro sector, con el cual coincidimos, se da un supuesto típico de falta de interés para accionar; BORDA, *Obligaciones*, t. I, N° 671, p. 446.

título 734, al tiempo de recibir el pago, artículo 735 y concordantes. No obstante, insistimos en que la tésis de la institución atiende a que se satisfaga el interés del acreedor y cuando esto se ha logrado poco o nada debe preocupar el hecho de que el *accipiens* sea o no capaz.

II) REQUISITOS OBJETIVOS.

Desde el punto de vista objetivo el cumplimiento tiene que realizarse exactamente en la forma establecida en el título, en el negocio jurídico que dio origen a las prestaciones (46). Cumplirse aquello que se estableció en la forma precisa y concreta con que lo fue (47).

La exactitud del cumplimiento se perfila sobre la base de cuatro requisitos:

- a) principio de identidad;
- b) principio de integridad;
- c) principio de localización; y,
- d) principio de puntualidad.

(46) BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, p. 209 y ss. DI MAJO GIAQUINTO, *ob. cit.*, p. 222 y ss.; CARRESI, *Il contenuto del contratto*, en Riv. Dir. Civ., 1963, V. I, p. 365 y ss.; CATAUDELLA, A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffré, Milano, 1966; LUCARELLI, F., *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Giuffré, Milano, 1964.

(47) De donde resulta que el acto de cumplimiento, desde el punto de vista objetivo, carece de propia autonomía o independencia, estando vinculado al negocio base, al contrato originario, título del cumplimiento. El apartamiento de esas bases puede ser justificado o injustificado; en el primer caso no genera responsabilidad, a diferencia de lo que acontece en la segunda hipótesis. La justificación, que da pie al pedido de revisión judicial, puede acontecer con fundamento en razones subjetivas o fundada en argumentos objetivos; entre las primeras mencionamos —siguiendo a nuestra obra de *Contratos*, p. 313— la no realización de la “presuposición” o condición no desarrollada, a la cual se subordinan las voluntades en el contrato y la alteración de la “base” del negocio, de todo aquello tenido por las partes como sostén de lo expresado; y entre las objetivas: la ruptura de la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones y la frustración de los fines económicos y sociales del negocio.

A) Principio de identidad.

Este requisito apunta al cumplimiento “con la misma cosa” a cuya entrega se obligó el deudor, artículo 740, o bien con el mismo hecho, artículo 741, o con la omisión de lo específicamente previsto. Obsta, en consecuencia, a la pretensión de cumplimiento con algo distinto o diferente, sea de igual o mayor valor. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, un hecho por otro hecho, una abstención ajena a la prometida. La dación en pago o pago por entrega de bienes diferentes a los prometidos requiere la conformidad del acreedor, artículo 779 y, en consecuencia, es una alteración del cumplimiento previsto o programado, por acuerdo de las partes ⁽⁴⁸⁾.

Hay coincidencia en el sentido de contemplar, a partir del principio de identidad, las especies de prestación: dar, hacer y no hacer, en lo obligacional; el tipo de relación jurídica y el contenido de la misma. Hay consenso en que las diferencias intrascendentes en el cumplimiento no pueden ser alegadas para objetar el pago si la variante no perjudica a las partes. En que la buena fe debe reinar en esta materia, como en todo el Derecho, pero dando aquí pie a muy interesantes aplicaciones. Que las prestaciones de dar dinero o dinerarias y las “de género” —que recaen sobre cosas inciertas no fungibles, individualizadas exclusivamente por su género, pero que no pueden sustituirse entre sí, debido a que reúnen ciertos caracteres diferenciales— son las que presentan, en la cuestión que analizamos, el máximo interés.

⁽⁴⁸⁾ Recordamos, en la doctrina nacional, las obras de ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, ya citada, p. 113 y ss.; LLAMBIÁS, *ob. cit.*, p. 800, Nº 1466 y ss.; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, p. 99 y ss.; BORDA, *ob. cit.*, t. I, p. 459, Nº 696 y ss.

Nos detendremos en las obligaciones de género, por entender que a ellas pertenece la hipótesis que comentamos, el supuesto del caso analizado —entrega de “vientres Brangus, vaquillonas, preñadas, aptas para zona de mío-mío” (49).

En los semovientes mencionados interesa el tipo o calidad, que puede ser inferior, medio o superior; el estado del animal, la preñez; y, por último, una cualidad exigida como básica, el conocimiento de determinadas plagas o pastos tóxicos, que aumenta su resistencia a los mismos.

De donde, y esa es la conclusión que ahora nos interesa, el principio de identidad puede fallar: sea porque se entrega algo total o parcialmente diferente; o bien con “calidades” distintas o con alteraciones en las “cualidades sustanciales”. Como falla también por la entrega de una cosa viciada en su materialidad, que es, a no dudarlo, una cosa diferente: vaquillona sana es distinta a vaquillona enferma.

(49) Dicen CAZEAUX y TRIGO REPRESAS que en las deudas de género una determinada calidad puede hacer a la sustancia del objeto, por las ventajas o aptitudes que ella significa, *ob. cit.*, p. 101. Y a ello debemos agregar las cualidades consideradas como sustanciales, a las que alude BUSO, *ob. cit.*, art. 740, p. 473, nota 19. En cuanto al distingo entre las obligaciones de género, en las cuales cabe, a los fines del cumplimiento, la “elección” y las de dar cantidades de cosas, en las que sólo procede la “individualización”, el distingo, sencillo en lo puramente teórico —mientras en las de género los individuos de la misma especie no son equivalente, sí lo son en las de dar cantidades de cosas— “no es preciso ni absoluto”, al decir de BUSO, *ob. cit.*, t. IV, p. 175; COLMO, *ob. cit.*, p. 278, N° 400; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, t. I, p. 533, etc. Y es así porque también las cosas tomadas como ejemplos de las de dar cantidad: granos de trigo, arroz, litros de vino, etc., no son exactamente iguales unas con otras. Todo depende del modo como se haya pactado entre las partes; del grado de importancia dado a la calidad o cualidades del objeto.

B) Principio de integridad.

Respecto al principio de integridad, hace a lo cuantitativo, como el de identidad a lo cualitativo; alude a la necesidad de que el pago sea completo, abarcando toda la cuantía del objeto debido, artículo 742; y, en consecuencia, que el cumplimiento comprenda lo principal y lo accesorio: capital e intereses, por vía de ejemplo. Este principio puede ser dejado de lado por un pacto en contrario, artículo 742; y exhibe otras hipótesis en las cuales, pese a no cumplirse con el todo de la deuda, no se quebranta el principio:

- a) Cuando las obligaciones que la integran son independientes —en rigor, varias deudas—;
- b) en las obligaciones simplemente mancomunadas; y,
- c) cuando se opera la compensación ⁽⁵⁰⁾.

C) Principios de localización y puntualidad.

En cuanto a los principios restantes, de “localización” y “puntualidad”, ellos refieren al lugar y al tiempo del cumplimiento. La regla, en una y otra circunstancia, es el cumplimiento en el domicilio del deudor, artículos 618 y 1213, y de inmediato, si no hubiere plazo, o en el término establecido, cuando lo hubiere.

Si bien el lugar del cumplimiento no plantea cuestiones difíciles, las excepciones están dadas por:

- a) la existencia de un lugar convenido;
- b) la ubicación de la cosa cierta;
- c) el lugar del pago del precio en la compraventa al contado; y,

⁽⁵⁰⁾ LLAMBÍAS, *ob. cit.*, N° 1473, p. 805 y ss.; CAZEUX, *ob. cit.*, t. II, V. II, p. 107, etc.; ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, distinguen “excepciones” y “seudoexcepciones”, *ob. cit.*, t. I, p. 118 y ss.

d) el lugar en que se contrajo la obligación (⁵¹).

No ocurre lo mismo con el tiempo. En primer lugar se plantea el distingo entre las “puras y simples”, sin término o de pago inmediato, y aquellas que si bien no tienen plazo expreso ni tácito no son de exigibilidad inmediata, a las cuales alude el artículo 509, en su tercer párrafo. Luego, dentro de los casos de plazos determinados, la diferenciación, fundamental en materia de mora, entre plazos:

- a) expresos y tácitos;
- b) ciertos e inciertos, artículo 509, párrafos primero y segundo (⁵²).

7. RESPONSABILIDAD EMERGENTE DEL INCUMPLIMIENTO: ACCIONES QUE PUEDE EJERCER EL CONTRATANTE

Frente al incumplimiento de una de las partes —omitimos ocuparnos ahora de la cuestión relativa al distingo entre incumplimiento material e incumplimiento jurídico o imputable y los hechos de imputabilidad del incumplimiento, subjetivos y objetivo, por haberlo hecho en otro trabajo— se abren para el contratante cumplidor o *in bonis*, una serie de posibilidades, verdaderas opciones que el ordenamiento pone a su disposición:

- a) demandar el cumplimiento forzado o ejecución contra la voluntad del renitente o renuente;
- b) elegir la resolución del contrato, demandándola o declarándola, previa intimación a cumplir; y,

(⁵¹) LLAMBIÁS, *ob. cit.*, N° 1494 y ss., p. 831 y ss.; ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *ob. cit.*, t. I, p. 129 y ss.; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, p. 109 y ss.

(⁵²) El debate acerca de las “obligaciones inmediatas” y su armonización con la intervención judicial prevista en el art. 509, puede consultarse, sintéticamente expuesto en CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, p. 120 y ss.: si es plazo expreso o plazo tácito, si pueden exigirse de inmediato, cuándo se incurre en mora, etc., etc.

- c) permanecer en actitud expectante, sin elegir aún una de esas vías, negándose, claro está, a cumplir las prestaciones propias, hasta tanto no cumpla el contratante, artículo 1201.

La elección entre exigir el cumplimiento, que equivale a mantener la situación jurídica nacida del contrato, o resolver, que equivale a extinguir dicha situación, depende de una serie de motivaciones y, así mismo, del "estado" de inejecución: si entiende que le beneficia y el incumplimiento es meramente temporario y no definitivo (pudiendo llegarse a la ejecución forzada), el contratante *in bonis* optará por ella. Si juzga, por el contrario, que no logrará ventajas positivas, elegirá poner fin al "mal negocio", aun cuando pueda forzar a la otra parte a cumplir.

Dependerá, claro está, de las prestaciones insatisfechas, puesto que algunas, como las de hacer infungible o personalísimo, no son susceptibles de coercibilidad; y otras, tales como las de dar cosas ciertas, no podrán ejecutarse de manera específica si la cosa no existe en el patrimonio del deudor, sea porque ha perecido o ha sido transmitida a un tercero de buena fe.

Si bien es verdad que estas acciones, de cumplimiento forzado y de resolución, prescriben a los diez años, artículo 4023, también lo es que la buena fe exige un comportamiento diligente y cuidadoso, que puede, en ocasiones, ser desmentido por una espera exagerada. Mientras tanto el contratante se beneficiará de la paralización que sufren las acciones que puedan corresponderle a la contraria, en virtud de su estado de mora y de los efectos de la excepción de incumplimiento: no cumplo si no cumples. Empero, también estos efectos paralizantes deben ser invocados sin pretender un ejercicio abusivo o extremo de las prerrogativas que

los consagran: abuso del estado de mora o abuso de la *exceptio*, que nuestros tribunales han recogido más de una vez ⁽⁵³⁾.

Para concluir, precisemos que la opción por la ejecución o cumplimiento forzado o contra la voluntad del renitente, que se ha negado a la satisfacción espontánea y voluntaria de los derechos del acreedor o titular, incurriendo en una conducta antijurídica, fuente de responsabilidad civil y, por tanto, del deber de resarcir los daños causados —cumplimiento más daños o resolución más daños— admite, esa opción por la vía de ejecución, distintas variantes:

- a) la ejecución forzada directa, o sea la que tiende a lograr la satisfacción por el mismo deudor; y,
- b) la ejecución forzada indirecta o por un tercero, artículo 505, inc. 2º, previa autorización judicial ⁽⁵⁴⁾.

La primera, que es la única que merece ser calificada como cumplimiento, en la medida en que es siempre el obligado, aunque ahora actuando contra su voluntad, admite, a su vez, dos variantes:

- 1ª) la directa específica, que apunta a lograr el cumplimiento con lo debido, ajustándose al programa, respetando los principios recordados de identidad e integralidad; y,
- 2ª) la directa indemnizatoria o sustitutiva en la cual el cumplimiento es sobre la base de entregar una

⁽⁵³⁾ Es lo que ocurre cuando amparándose en el estado de mora de la parte contraria, un contratante aspira a beneficiarse con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda —el juego de los arts. 1198 y 1071, la corrección del primero por el segundo, puede llevar a evitar este abuso—.

⁽⁵⁴⁾ Para dar esta autorización el juez atenderá, básicamente a la subsistencia o no de la situación contractual incumplida; de donde, lo normal ha de ser que, previa a la autorización para incorporar a un tercero, a los fines del cumplimiento, se proceda a extinguir o resolver el contrato, reservando el derecho a peticionar la satisfacción por otro y el cobro de la "diferencia" al renitente, en concepto de daño resarcible.

suma de dinero que tiende a reparar o sustituir a la prestación debida, artículo 505, inciso 3º; con lo cual, aunque la reparación sea integral, que por regla no lo será, artículos 521, 901 y concordantes, la satisfacción no es plena sino aproximada.

Las opciones entre ejecución por el deudor o por un tercero a su costa, corresponden al contratante cumplidor; no pueden ser propuestas o elegidas por el incumplidor; no son, para él, facultativas.

Y lo mismo acontece con la elección —a veces no queda otra posibilidad, ante la pérdida de la cosa— entre ejecución directa específica o dineraria; corresponde al insatisfecho, no al autor del ilícito.

8. LOS DAÑOS REPARABLES. MATERIALES. MORALES

La reparación de los daños, lo hemos visto, acompaña todas estas vías anormales: sea que se funde en el retraso en el cumplimiento, entonces los daños serán los moratorios, sea que se origine en el incumplimiento definitivo, y entonces serán compensatorios.

También la resolución con base en el incumplimiento apareja, como supuesto que es de responsabilidad, la obligación de indemnizar los daños causados a quien debe conformarse con lograr la extinción y no la ejecución; son, por tanto, los daños por la privación de las prestaciones a que se tenía derecho, denominados “daños positivos”.

El cumplimiento por el tercero, cuando el satisfecho de este modo prueba perjuicios, además de los propios del retraso, obliga a reparar.

Y también lograda la ejecución directa específica, por el propio deudor, se deberán los daños, al menos los moratorios.

Y en la reparación se apreciarán, conforme a la equidad, artículo 522, los daños morales, nacidos del incumplimiento total o parcial; los sinsabores, las angustias, el “dolor” que tales circunstancias aparejan. Apreciados subjetivamente, en atención a las personas en concreto, en particular, en cuanto a si los hubo, la del acreedor; y en lo relativo al porqué del hecho antijurídico y estado patrimonial, la persona del deudor.

Acerca de los daños materiales recordemos, una vez más, que el Código los “tarifa” según el grado o factor de imputación: si hay dolo o culpa, sólo se reparan las consecuencias o daños inmediatos; si hay malicia —perversa intención de incumplir para dañar, de prueba poco menos que imposible— se indemnizan los inmediatos y los mediatos; los nacidos directamente de la inejecución o daños intrínsecos y los sufridos con relación o en vinculación con otros hechos, generalmente daños extrínsecos o padecidos en otros bienes del acreedor (arts. 901 y ss.).

9. LA PROBLEMÁTICA DEL OBJETO DEBIDO. ERROR EN LAS CUALIDADES. VICIO REDHIBITORIO. EL CASO RESUELTO

Y llegamos, luego de exposiciones que hacen a la cuestión, en general y en particular, al caso que comentamos, a lo que denominamos “la problemática del objeto debido”. Ocurre que no siempre será fácil y transparente la determinación acerca de qué es lo debido...⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁵⁾ Las divergencias pueden multiplicarse, sea por falta de determinación precisa en el contrato, sea por oscuridad en la redacción del mismo; ello puede ocurrir tanto cuando el objeto es cosa mueble, como cuando es inmueble o semoviente, como en el caso de autos. Vimos ya la posible discusión acerca de si lo enajenado es cosa no fungible, o sea “género”, o bien si se trata de cantidad de cosa; en materia de inmuebles es infinito el número de cuestiones que pueden suscitarse, acerca de cuál es el enajenado, sus dimensiones y linderos, si es un “cuerpo” o una superficie; etc., etc. Remitimos al tratamiento que hacemos del tema en *Compraventa inmobiliaria*, edit. Ediar, Bs. As., 1976, p. 125 y ss.

Ese es uno de los temas considerados en el fallo.

Se debían vaquillonas preñadas, sin ninguna duda; de tal clase y tipo, sin discusión. Empero, no hay acuerdo acerca de si debían o no, como cualidad sustancial, conocer la planta tóxica; hecho que significa una mayor resistencia al “mío-mío”, aunque no la imposibilidad de intoxicación, puesto que el animal hambreado, que no encuentra otros pastos, lo come igual.

Suponiendo que este “conocimiento” fuera un requisito exigido, una cualidad de los animales, puesta como condición para el negocio, de donde “cualidad sustancial” —hecho que la Sala da por demostrado—, la falta de conocimiento ¿qué consecuencias acarrea? ¿Puede decirse que lo entregado es “otro animal”, al carecer de esta cualidad? ¿Puede concluirse que falla el principio de identidad? Y, en consecuencia, ¿que no ha habido pago? ¿Que éste es nulo o inexistente?

Precisemos, en primer lugar, que la cuestión analizada se ubica en la ejecución el contrato y no en la celebración. Digamos, luego, que la calidad o cualidad de una cosa se vincula a su determinación. La falta de esa cualidad no es, por lo general, un vicio en la cosa, sino una hipótesis de incumplimiento⁽⁵⁶⁾. Y el incumplimiento da pie, a diferencia del vicio redhibitorio —que sólo autoriza a dejar sin efecto el contrato, acción redhibitoria, o a que se baje del precio el menor valor de la cosa, acción *quantum minoris* (art. 2174, ss. y

(56) Dos son las cuestiones debatidas por la doctrina: a) las semejanzas y diferencias entre “vicio y falta de calidad”; y, b) las diferencias entre vicios e incumplimiento. El incumplimiento es un hecho posterior al contrato, emergente de la no ejecución de las prestaciones nacidas del mismo; el vicio, en cambio, es coetáneo a la negociación; es un germen patógeno que quita legitimidad a la contratación. Reenviamos a *Compraventa inmobiliaria*, p. 428 y ss. Si la cualidad de la cosa hace a la determinación, o sea a la “cosa vendida”, que debe entregarse, su ausencia plantea una hipótesis de incumplimiento y no de vicio.

concordantes)—, a reclamar la ejecución forzada, más los perjuicios originados.

A lo dicho se suma otro ingrediente de la mayor importancia, complementario. El Tribunal da por probado que los animales no provenían de una zona de “mío-mío” y, por tanto, que no conocían el pasto tóxico ni estaban preparados para ser colocados en campos infectados de esa plaga.

Si se admite que el “conocimiento” era condición o cualidad de los animales objeto del negocio, y que esa cualidad no existió, por provenir de campos limpios, la conclusión, a nuestro juicio, no puede ser otra que la configuración de un incumplimiento, por entrega de “cosa distinta”.

No obsta a ello la aceptación por el comprador, dado que medió, sin lugar a dudas, un error insalvable, irreconocible. No encuentra explicación, de no ser así, que haya colocado a los animales, sin más, en campo infectado, con las consecuencias naturales, la muerte de muchos de ellos.

Empero, ¿puede calificarse a esta tradición o entrega como cumplimiento? Tanto la jueza, en primera instancia, como la Sala, así lo afirman. Disentimos con esta apreciación. Reiteramos que la cualidad sustancial hace a la “identidad” del objeto, y si falla la cualidad falla el principio y, por ende, no hay pago, en el estricto sentido del vocablo: “cumplimiento de la prestación...”

También disentimos con la pretensión de aplicar, con base en el principio *iura novit curia*, la normativa de los vicios redhibitorios, extraños al caso, para, por esta vía, condenar al comprador a pagar sólo los animales que quedaron vivos —sentencia de la jueza *a quo*—. Es verdad que el artículo 2167 alude a la cues-

ción...; pero sus términos, además de no ser lo suficientemente explícitos —puede aludir sólo a los vicios o defectos en las cualidades— no son excluyentes y pueden, por tanto, armonizarse con la normativa acerca de la invalidez del pago (⁵⁷).

La recepción de una cosa distinta, por faltarle cualidades, hace excepción al principio sobre el carácter definitivo del pago, de la extinción del crédito.

Tampoco es obstáculo para accionar por cumplimiento —insuperable o insalvable, como se pretende por el vocal del primer voto— el incumplimiento por la compradora de su obligación de pagar el precio; ello daría pie, a lo más, a la excepción *non adimpleti contractus* (⁵⁸).

10. INCIDENCIA DE LA BUENA O MALA FE. MALA FE Y DOLO. CONCURRENCIA DEL DOLO Y LA CULPA

Por último, la Sala juzga el comportamiento de cada una de las partes, en orden al cumplimiento de los deberes de conducta que impone la buena fe contractual (art. 1198); examina si una y otra obraron con cuidado y previsión, tanto en la dación o entrega —a la que precede la elección de la cosa con la cual se va a pagar— como en la colaboración receptiva.

(⁵⁷) Tratamos expresamente el tema en *Compraventa inmobiliaria*, p. 429.

(⁵⁸) El Tribunal de segunda instancia, luego de rechazar los alcances del principio *iura novit curia* —de gran actualidad e importancia en la hora presente— por entender que se lo emplea por la jueza con demasiada latitud, al permitirle cambiar la acción de “cumplimiento” por la de “resolución”, lo utiliza, en los límites que cree compatibles, y cambia la acción de cumplimiento, a la cual rechaza, por la *quantum minoris*, siempre en orden a los vicios redhibitorios.

Y es aquí donde llega a conclusiones muy serias, que, a nuestro juicio, debieron conducir a una sentencia diferente.

Sostiene que el vendedor “afirmó lo que no era”, o, al menos, “disimuló lo verdadero”, para lograr la consecución del acto, que, agregamos nosotros, no es otro que el pago. O sea que enfatiza respecto del dolo cometido (art. 931); aun cuando no mencione el vicio, precisa el texto legal (59).

Por su parte, siempre a juicio de la Sala, “la compradora incurrió en grave imprudencia”, al largar los animales adquiridos, que estaban hambrientos como resultado del largo viaje, a un campo infectado de “mío-mío”.

Y concluye que, en virtud de ese dolo del vendedor y esta culpa del comprador, se configura una “conurrencia de culpas”. Y, agrega, si bien hay concurrencia no son culpas iguales, pues es “más grave” la de la compradora, neta imprudencia, que la de la vendedora, que sólo aseguró “cierta confiabilidad”. Y las estima en un 80 por ciento y un 20 por ciento (60).

(59) Si hubo dolo en el pago el mismo ha quedado viciado y, por tanto, es inexistente o nulo. De allí, reiteramos, la procedencia de la acción de cumplimiento. El dolo o engaño indujo en error al acreedor de los animales, haciéndole creer que poseían las cualidades exigidas y de ahí su conformidad.

(60) La imputabilidad concurrente puede darse, tanto en el ámbito de los actos ilícitos como en el del incumplimiento obligacional o contractual; puede muy bien acontecer que la violación del deber genérico de no dañar, sea obra de víctima y victimario, atribuible su causación a ambos —imputabilidad y causalidad— como que la inejecución se origine en hechos que emanan de ambas partes, el acreedor y el deudor, el titular del derecho y el del deber. Ahora bien, como los factores de imputabilidad son varios, subjetivos —dolo, culpa y malicia— y objetivo —riesgo creado—, la concurrencia puede darse entre: a) culpa y culpa; b) culpa y dolo; c) culpa y riesgo; d) culpa y malicia; e) dolo y dolo; f) dolo y riesgo; g) riesgo y riesgo.

Aquí nuestra discrepancia capital.

- I) Si concurren en la producción de la inejecución o del daño el dolo del vendedor y la culpa del comprador, no se puede sostener la “concurrentia de culpas”, en rigor de verdad y derecho, sino la concurrencia de dos factores diferentes de imputabilidad.
- II) Es preciso examinar, tratándose ambos de factores subjetivos, la mayor o menor gravedad del reproche, que está en la base de la atribución; y, a la vez, la influencia de uno y otro en la ocurrencia o causación de la consecuencia perjudicial (inejecución y daño).
- III) No es posible sostener, sin caer en una petición de principios, en franca contradicción, que la culpa es más grave que el dolo; equivale a sostener que la imprudencia o negligencia merece reproche más severo que el engaño, la mala fe o la intención de incumplir y dañar ⁽⁶¹⁾.
- IV) Tampoco desde el ángulo de la causalidad pueden compararse y menos sostener la mayor incidencia de la culpa; ello es así en la medida en que la “imprudencia grave” del comprador puede encontrar causa o razón de ser en el engaño del vendedor (los largó al campo infec-

(61) Sobre el dolo pueden consultarse con provecho: del maestro BOFFI BOGGERO, sin perjuicio de su monumental obra sobre obligaciones, los *Estudios jurídicos*, edit. Cooperadora, Bs. As., 1960, p. 121 y ss.; de CARRANZA, J. A., *El dolo en el derecho civil y comercial*, edit. Astrea, Bs. As., 1973; BREBBIA, R. A., *Hechos y actos jurídicos*, edit. Astrea, t. I, p. 401 y ss.; Bs. As., 1979; en la doctrina francesa, BONNASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, Lille, 1955.

tado porque confiaba en el conocimiento que era condición) ⁽⁶²⁾.

- V) De donde, así examinada la cuestión, desde el plano teórico propuesto por la propia Sala, no puede concluirse en que el doloso cargue con el 20 % de las resultancias de obrar semejante, y el culposo con el 80 %.
- VI) Puede afirmarse, para concluir, que “el quehacer doloso de una de las partes: la intención de dañar caracterizante del delito, en la responsabilidad extracontractual, o el incumplimiento a sabiendas, en la contractual, resta relevancia al comportamiento meramente culposo de la otra, sea la víctima o el victimario” ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ No siempre la concurrencia de culpas es base de una compensación total —culpas iguales que concurren en idéntica medida a causar los mismos daños— o parcial; puede acontecer que una de las culpas sea “inocua”. Sobre el tema: ORGAZ, A., *La culpa concurrente y sus efectos jurídicos*, en L. L., t. 52, p. 72; SPOTA, G. A., *La concurrencia de culpas en la responsabilidad aquiliana*, en J. A., 1944 - I - 236

⁽⁶³⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *La “culpa concurrente” en la responsabilidad extracontractual y contractual*, en Revista Jurídica de Buenos Aires, III, Sep. - Dic. 1965; BUSO, *ob. cit.*, t. III, N° 137, p. 294; VON THUR, *Obligaciones*, p. 79.