

Responsabilidad “postcontractual”: historia de una idea

“Postcontractual Liability”: History of an idea

Carlos de Cores Helguera¹

Universidad Católica del Uruguay, Uruguay

cdecores@ucu.edu.uy

Resumen

Son numerosos en doctrina los trabajos sobre el período precontractual, que comprende la etapa de los tratos preliminares, la propuesta y la aceptación, incluyendo la llamada responsabilidad precontractual. No es común en cambio encontrar estudios sobre el período post contractual. Sin embargo, en abstracto, todo lo que es posible preguntarse respecto del período anterior al comienzo del vínculo contractual, es también susceptible de plantearse respecto del período que comienza cuando el contrato se extingue. La etapa postcontractual es muy relevante en contratos como el de sociedad, que implican una gestión y requieren una etapa de liquidación de las operaciones sociales, que reclama una disciplina propia. O sea que luego del contrato se necesita un orden, y no carece de interés la investigación que tiene por objeto ese orden o disciplina.

Palabras clave: responsabilidad civil, responsabilidad contractual, responsabilidad postcontractual.

Abstract

It is possible to find a considerable amount of doctrine about the precontractual period, referring the stage of preliminary negotiations, offer and acceptance, including the so-called pre-contractual liability. On the contrary, there is not much literature about the law concerning the post contractual period. Nevertheless, it is possible to think about the post contractual period in a similar way than about precontractual issues. Postcontractual period is very relevant for instance in corporate law, that is to say, contractual relationships that involves management and require of a further step of liquidation and account rendering, which is regulated by its own rules. After the contract is terminated, an order is also necessary, and doing research about this order and discipline appears to be useful.

Keywords: civil liability, contractual liability, precontractual liability.

¹ Universidad Católica del Uruguay, Av. 8 de Octubre 2738, 11600 Montevideo, Uruguay.

Contrariorum eadem est ratio & disciplina.
(Aristóteles, *Tópicos*)

Extinción del contrato y responsabilidad post contractual

Generalidades

¿Qué debe entenderse por “extinción del contrato”? Creo que el contrato, como hecho histórico, no puede extinguirse. Sí puede extinguirse la relación creada por el contrato. Arduo problema es decidir si la extinción de la relación es lo mismo que la extinción de las obligaciones. Parecería que una cosa es la relación contractual, que es una realidad unitaria y compleja integrada por una pluralidad de obligaciones, derechos de crédito y otro tipo de situaciones jurídicas (cargas, derechos potestativos, situaciones de sujeción, etc.) y otra son las obligaciones singulares nacidas de la fuente contractual, respecto de las cuales también puede predicarse la extinción.

El contrato considerado como consentimiento, como acuerdo de voluntades, el contrato *in fieri*, en la denominación latina, no puede extinguirse, porque o bien existió y nació a la vida jurídica, y por tanto constituye un hecho histórico que no puede borrarse, o bien adolece de algún vicio que determina su nulidad, y su existencia jurídica no pasa de ser una simple apariencia. En cambio el contrato considerado como relación, como vínculo jurídico, el contrato *in facto esse* en la terminología latina, puede extinguirse, y por ello es posible hablar en este sentido de la extinción del contrato, más allá de la extinción de cada una de las obligaciones que integran el haz contractual.

La responsabilidad en el período postcontractual

Es posible visualizar una temática transversal a todos los casos de extinción del contrato: un problema que se ha planteado la doctrina y que afecta por igual a todas las situaciones de extinción de la relación contractual, es la cuestión de la llamada responsabilidad postcontractual.

No es un aspecto muy considerado por la doctrina ni enfocado por la jurisprudencia. Es fácil

percibir que la teoría de la responsabilidad postcontractual no ha tenido el mismo grado de evolución y desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial que la de la responsabilidad precontractual. Ella surge en la jurisprudencia alemana en el primer cuarto del siglo XX, y, abordada luego por un calificado sector de la doctrina, recién en la última década de la pasada centuria cobra un nuevo impulso y desarrollo, producto de su recepción por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998 y de las elaboraciones de la doctrina más atenta al fenómeno del daño postcontractual (Rodríguez Russo, 2015, p. 935).²

En Italia, el término se encuentra sobre todo asociado a la concurrencia en el período posterior al contrato, las más de las veces en relaciones de agencia o de *franchising*. En el Tratado de los contratos de Pietro Rescigno y Enrico Gabrielli la expresión responsabilidad post contractual no es utilizada. Gabrielli se refiere a ella en relación con una cita de María Costanza (1983, p. 526 s. *in* Gabrielli, 2006, p. 1948) quien escribe a propósito de la doble venta sucesiva.

Dicen Varacalli y Picasso (1994, p. 209) que a diferencia de la responsabilidad precontractual, la denominada post contractual carece de una autonomía conceptual importante.

En la “Base de Jurisprudencia Nacional” de Uruguay, que recopila más de 50.000 sentencias, frente a 123 casos de jurisprudencia sobre responsabilidad precontractual, se encuentra uno solo de responsabilidad postcontractual.

Simetría conceptual

Una primera comprobación es, pues, que la categoría de la llamada responsabilidad postcontractual no resulta directamente del derecho positivo. Y tampoco designa un problema que se plantee como tal en la realidad en forma relevante, sino que constituye una “*trouvaill*” que deriva más bien de la reflexión y especulación doctrinarias; fundamentalmente de la operación lógica de oposición respecto de la categoría de la responsabilidad precontractual.

Leiva Fernández (2002, p. 1019) ha observado que lo que lleva al estudio de la responsabilidad postcontractual es un afán de simetría conceptual: los ex-

² El Proyecto argentino de 1998 regulaba expresamente la etapa del Postcontrato (art. 1063) en los siguientes términos: “Deber de buena fe. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: (a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de las partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. (b) La restitución y reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el Capítulo XII de este título. (c) La interpretación y el cumplimiento de las obligaciones”.

tremos se tocan. Así como se habla de responsabilidad precontractual, se supone que debe existir también un capítulo de responsabilidad postcontractual. Por su parte Alferillo (2017, p. 4) alude a un primer ensanchamiento de la responsabilidad contractual que se da con la responsabilidad precontractual, y a un segundo ensanchamiento, con la postcontractual.

La idea de que así como hay una responsabilidad precontractual, que surge en la fase previa a la formación del tipo contractual, también debe existir una responsabilidad postcontractual (*post pactum finitum*) individualizable en la etapa del postcontrato, cuando las obligaciones del mismo han sido cumplidas, pero quedan subsistentes determinados deberes de conducta, responde entonces a un paralelismo o a una necesidad de simetría conceptual (Rodríguez Russo, 2015, p. 936).

Este afán de simetría no es nuevo; es casi una necesidad del pensamiento teórico, y de ello da cuenta el propio Aristóteles, afirmando que no puede agotarse el tratamiento de un tópico sin tener en cuenta su contrario. Los grandes tratados renacentistas de *iustitia et iure* heredaron de los clásicos esa propensión por la especulación teórica. Aludiré particularmente al Tratado “*De contractibus in genere*”, de Pedro de Oñate, publicado en Roma en 1632, y que según mi opinión, que comparto con distinguidos históricos del derecho como el Profesor florentino Paolo Cappellini, contiene el primer desarrollo de lo que podría denominarse una teoría general del contrato (de Cores, 2015). El volumen primero de ese Tratado contiene una Disputación VII sobre el fin y la disolución de los contratos (*De fine & dissolutione contractus*), que reza lo siguiente:

Porque como sapientísimamente dijo el Filósofo, la razón y disciplina de los contrarios, es la misma, no es menos útil saber de qué modo termina el contrato, que cuándo, por cuáles y de qué modo se hacen. Porque sobre este argumento hay muchos títulos conspicios [...] Por tanto, el fin del contrato es como su muerte, que es como el fin de la vida y el ser de todos los seres animados. Lo que ocurre de cuatro modos. Primero, por la nulidad o anulación del contrato. Segundo, por la revocación voluntaria de los contratantes. Tercero, por la disolución, o extinción de las obligaciones. Cuarto, por la restitución *in integrum*. Sobre cuyos cuatro modos instituímos cuatro disputaciones sumamente útiles en este tratado. Pues la nulidad es casi como la muerte violenta del contrato; la revocación, casi como su muerte voluntaria; la disolución, casi como su muerte natural; la

restitución *in integrum*, casi como una muerte extraordinaria y privilegiada del contrato. En efecto, la nulidad es casi como la muerte violenta del contrato, porque por ella el contrato, casi violentamente, por impedimentos irritantes anteriores es sofocado como un embrión en el vientre de su madre, de modo que no se anime y llegue a la existencia, sino solamente tenga la apariencia y la sombra del contrato. La revocación es casi como la muerte voluntaria del contrato; porque por ella, sin que sea necesario, los contratantes disuelven la obligación y el contrato y por su voluntad extinguen y perimen el contrato. La solución del contrato, es casi la muerte natural y necesaria del contrato, porque por naturaleza suya, todo contrato debe ser extinguido por el pago y la prestación de la cosa convenida [...]. Finalmente, por la restitución *in integrum* el contrato se termina por privilegio, que se concede a ciertas personas o en determinados casos; para que puedan extinguir el contrato que de algún modo contenga una lesión para ellos.

Parecería pues que el estudio de la responsabilidad postcontractual responde más bien a una especulación lógica que a una situación jurídica prevista en el derecho positivo o que ocurra frecuentemente en la práctica.

Sin embargo, la teoría muestra que hay un campo para el análisis, y es necesario definir si ese campo responde a una mera tesitura nominalista carente de trascendencia, o alude a un objeto que resulta heterogéneo en términos de disciplina jurídica, o si por el contrario se justifica el uso de una categoría especial (puntualmente, la de “responsabilidad postcontractual”), en razón de que la misma resulta explicativa en términos del derecho positivo. Así como verificar si la reflexión sobre el fenómeno de una responsabilidad postcontractual puede iluminar en algún modo la disciplina de los supuestos fácticos vinculados.

Definición del concepto de responsabilidad postcontractual en función de un criterio cronológico

La mera idea de responsabilidad postcontractual, si bien se representa intelectualmente con facilidad, es difícil de definir con precisión.

Leiva Fernández considera postcontractual a la responsabilidad en la que se incurre por alguno de los ex co-contratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato, sea que se origine en un hecho posterior o anterior a dicha satisfacción. Emplea por tanto un

criterio meramente temporal.³ Reconoce el autor que la expresión “post contractual” tiene una acepción muy general, que refiere a todo lo que ocurre en el período posterior al contrato. En este sentido, el cumplimiento, el incumplimiento, y todas las vicisitudes del contrato, una vez perfeccionado, serían “post contractuales”.⁴ Sin embargo, con esa definición, se confundiría con el efecto del contrato, y por su amplitud, carecería de utilidad hermenéutica, ya que, como dice Leiva, particularmente, desvirtuaría la utilidad de diferenciar el concepto de responsabilidad “post contractual” del de responsabilidad “contractual” a secas.

En un sentido más acotado, el sintagma “responsabilidad contractual” alude especialmente a lo que acontece luego de la extinción del contrato. Señala, en verdad, un período temporal, que hipotéticamente podría tener utilidad si pudiéramos identificar una disciplina específica para los actos o hechos acaecidos en dicho período, incluyendo la cuestión de la responsabilidad, pero no limitándonos a ella.

Esta segunda acepción, es decir, la de referir a un lapso posterior a la extinción del contrato, presenta todavía una dificultad, que consiste en definir sus confines. En efecto, requiere la definición de su *dies a quo* y de su *dies ad quem*. En cuanto a su hito inicial, que lo sería la extinción del contrato, se plantea el problema de determinar con precisión el supuesto que le daría origen. Como consignaremos más adelante, la doctrina ha señalado que se trataría de la extinción de las obligaciones principales del contrato, predicándose la responsabilidad post contractual únicamente respecto de obligaciones secundarias.

En cuanto al hito final, ha sostenido Leiva que el mismo estaría conformado por la prescripción liberatoria.

Falta de consistencia lógica de la categoría

La categoría adolece de falta de claridad y de distinción.

Por un lado, los casos de responsabilidad postcontractual pueden clasificarse en dos tipos principales.

Por un lado, encontramos los derivados de la infracción del deber de no concurrencia o de confidencialidad, que configuran lo que comúnmente se denomina obligaciones secundarias en los contratos. Y en segundo lugar, puede pensarse en los casos englobados bajo el tema de la obligación de saneamiento, ya sea por evicción o por vicios ocultos, lo que incluye el problema de la responsabilidad decenal, hipótesis que plantea una disciplina específica y distinta de las mencionadas antes. Sin embargo, la idea de la extinción del contrato plantea un cúmulo de relaciones jurídicas que podrían suscitarse luego de la misma y que plantearían problemas de responsabilidad, que en tal caso podría también calificarse de postcontractual. Tal es el caso del incumplimiento de la obligación de restituir que deriva de la resolución, o de la anulación de los contratos, o la obligación restitutoria que deriva del vencimiento del plazo del contrato.

Por otro lado: aun cuando lográramos definir con precisión el período temporal en que podría operar la responsabilidad contractual, encontramos un cúmulo heterogéneo de supuestos que no reconoce un tipo especial de responsabilidad diferente de los conocidos, la responsabilidad contractual o la extracontractual, admitiendo la doctrina que puede verificarse tanto uno como otro modelo de disciplina

En su artículo ya citado, dice Leiva que considera que lo que caracteriza a los casos de responsabilidad postcontractual no es una naturaleza jurídica única sino el producirse en un mismo período temporal: luego del contrato. De modo que la circunstancia de que el hecho ilícito opere en el período temporal señalado no determina un tipo especial de responsabilidad civil. Ella será de naturaleza jurídica contractual si encuentra su causa en la violación de un deber legal, o en las previsiones tácitas del contrato cuya violación lleven a frustrar la ventaja obtenida al celebrarlo, y extracontractual en los demás casos.

Señala Masciotra (2003, p. 346) que en Argentina existe discrepancia respecto de la naturaleza de la responsabilidad cuando se violan los deberes de fidelidad luego de la expiración de la relación contractual. Un criterio jurisprudencial ha sostenido que estamos frente a una “responsabilidad postcontractual”, (cita

³ Algunos autores utilizan el sintagma en este sentido meramente temporal. Así, en referencia a la responsabilidad del Estado, Fernández Arbeláez (2015, p. 675) habla de “ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho poscontractuales que den origen a la controversia. Como por ejemplo cuando al contratista le toca devolver el pago por problemas presupuestales atribuibles a la entidad contratante, asunto que genera intereses moratorios y evidencia una pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues el pago se difiere en el tiempo”. Tratando la cuestión del diseño de formularios de contratos internacionales, Medina de Lemus (2007, p. 575) se pregunta si se ha incluido alguna cláusula que prevea el tema de la responsabilidad postcontractual.

⁴ En esa significación, el art. 1301 del código civil uruguayo alude a “los hechos de los contratantes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”. Y el art. 1699, permitiendo a los contratantes, por estipulaciones particulares, hacer más extensiva la obligación de saneamiento o disminuir sus efectos; y hasta convenir en que el vendedor no quedará obligado al saneamiento, establece que “aunque se diga que el vendedor no se obliga a sanear, queda siempre obligado al saneamiento que resulta de sus hechos personales posteriores al contrato y de los anteriores que no hubiere declarado al comprador; la convención en contrario es nula”.

un fallo de 1981) mientras que Leiva Fernández (2002, p. 1336) afirma que el período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato: si éstas se hallan insatisfechas, la responsabilidad será contractual, y el caso se resolverá por alguno de los tres supuestos del art. 505 del código civil.

Es cuestionable por tanto la propia categoría de la responsabilidad postcontractual, ya que por un lado, no contempla supuestos que operan en el mismo período temporal, que es considerado esencial al concepto mismo; y por otro, contiene en su seno supuestos heterogéneos en cuanto a la disciplina jurídica. No constituye por tanto una categoría ordenante, que implique una propia regulación, sino que cumple una función meramente descriptiva, para aludir a fenómenos que ocurren en un espacio temporal determinado, pero ese hecho como tal no determina ninguna especialidad de la disciplina jurídica.

En efecto, la doctrina no se ha puesto de acuerdo en cuanto a si la responsabilidad postcontractual sería de naturaleza extracontractual, o por el contrario, contractual.

Carácter extracontractual

Alguna doctrina es proclive a asignar a la responsabilidad precontractual, naturaleza extracontractual. Tal es el caso de Le Tourneau-Cadiet: “Cuando el contrato no existe más, porque él ha acabado sus efectos, ha sido rescindido o resuelto, la responsabilidad que podrá ser posteriormente comprometida entre los antiguos contratantes no puede ser más que delictual” (Alferillo, 2017, p. 9).

La misma tesis postulan los Mazeaud, para quienes, desde el instante en que el contrato cesa, no puede suscitarse un problema de responsabilidad con ocasión de ese contrato entre los ex contratantes, porque la responsabilidad contractual contractual del mismo modo que aparece con el contrato, desaparece con él.⁵

En el Uruguay Rodríguez Russo (2015, p. 929 y ss.) se pronuncia a favor de la responsabilidad extracontractual pero por otros fundamentos. Sostiene que “la responsabilidad civil [...] representa un fenómeno jurídico unitario, tanto en estructura como en función, a pesar de que en el actual sistema civil codificado existe una dualidad de disciplinas que conforman dos subsistemas, contractual y extracontractual, cuyo límite con-

ceptual demarcatorio de operatividad se encuentra en la verificación como causa del daño del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente o la infracción de deberes jurídicos obligacionales”. Rodríguez Russo entiende que lo que en rigor subsiste después del cumplimiento de las obligaciones principales no son obligaciones sino deberes, que emergen del principio de buena fe, de observar la lealtad y corrección necesarias exigidas por las convicciones éticas imperantes en una determinada comunidad social. Pero la buena fe objetiva técnicamente no constituye una obligación jurídica, sino un deber jurídico, pues carece de patrimonialidad y coercibilidad, que son precisamente las notas tipificantes de aquella categoría.

Por su parte Alferillo (2017, p. 12) afirma que si el origen del deber vulnerado marca su conexión con el contrato y con el propósito económico y social (sic) que justificó su existencia, es contractual. Cuando esta vinculación se corta poniendo fin a la existencia del contrato, por cierto que estamos en otro ámbito de responsabilidad, la aquiliana, aun cuando se vean involucrados los mismos contratantes. Se trata de un pensamiento fuertemente condicionado por la visión socializante de la responsabilidad civil. Como fundamentaremos más adelante, en nuestra opinión, esta concepción no reconoce a la autonomía privada, o sea, a la iniciativa individual, el lugar que le corresponde en el derecho privado.

En el único caso jurisprudencial que hemos relevado en Uruguay, el Tribunal califica a la responsabilidad post contractual como extracontractual. Se trataba de un contrato de concesión de una estación de gasolina rescindido por en forma unilateral por la empresa concedente. La empresa recedente dice que la contraparte utilizó información —obtenida en la época de la vinculación contractual— de que la empresa concedente instalaría una nueva estación de servicio, para comprar terrenos contiguos y lucrar con el aumento de su valor.

Dice la redactora que “la responsabilidad, atendiendo al momento en que se produce, esto es, terminado el contrato, es [...] postcontractual. Cita a Leiva Fernández y agrega: “es posible considerar que, terminado el contrato, tanto contra el ex contratante, como respecto de terceros que no fueron parte del contrato, la responsabilidad postcontractual (que no tiene regulación expresa en derecho positivo uruguayo) tenga na-

⁵ Sin embargo, los autores reconocen que “que la esencia de esta responsabilidad sea normalmente extracontractual, no significa que ella no pueda, excepcionalmente, adquirir raigambre contractual, cuando los contratantes regularan en su contrato la situación postcontractual, estableciendo cláusulas que previeran ciertas obligaciones de no hacer y las consecuencias indemnizatorias de su incumplimiento.” En el mismo sentido Pérez Vives y Lalou: “d’une manière générale, les rapports entre contractants sont régis par les principes de la responsabilité délictuelle quand une faute est commise et prouvée avant le contrat, après le contrato u a coté du contrat” (Lalou, *La responsabilité civile*, No. 279, p. 172, in Rodríguez Russo, 2015, p. 929 y ss.).

turalidad extracontractual, no habiendo prueba sobre el pacto de confidencialidad [...]”.⁶

Carácter contractual

Otros autores se inclinan por asignar a la responsabilidad postcontractual, naturaleza contractual.

Enfocando el problema de estos deberes colaterales derivados del principio de la buena fe que subsisten luego de la extinción del contrato, Betti intenta detectar cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Establece que dado que se trata de deberes concretos frente a personas determinadas, y no del deber genérico del *neminem ledere*, es contractual (Bernal, 2013, p. 39 y ss.). Tal sería la naturaleza de la responsabilidad postcontractual, pues no opera entre sujetos que son terceros entre sí, sino entre los mismos contratantes antes vinculados por la relación contractual y ahora por la relación postcontractual.

Cuando las obligaciones especiales se extinguen antes que las generales, pareciera que el contrato ha corrido con la misma suerte. Pero no es así. En la medida que aún subsista un deber, por más secundario y general que sea, el contrato sigue vigente. Quizás no en un todo, pero sí en parte. Esto es lo que sucede cuando se habla de responsabilidad postcontractual, la cual está en el contrato o se genera por el contrato (Pérez, 2005).

Del mismo modo Picasso, en Argentina, sostiene que la responsabilidad postcontractual es contractual. La responsabilidad postcontractual no está fuera del contrato sino que se encuentra estrechamente vinculada al mismo. Picasso advierte que la denominación es capciosa, por cuanto da a entender que se encuentra fuera del contrato cuando en realidad no es así, porque subsisten obligaciones accesorias. ... sostiene que la responsabilidad postcontractual deriva del incumplimiento de verdaderas obligaciones que derivaban del acuerdo supuestamente extinguido, por lo que debe por fuerza concluirse que su naturaleza es contractual (Rodríguez Russo, 2015).

Discernimiento de la naturaleza de la responsabilidad

Como sabemos, una de las principales fuentes de debate jurídico en el derecho civil gira en torno a la responsabilidad civil y a su división en contractual y extracontractual.

Tanto en Italia como en España y en el Río de la Plata, se encuentra extendido el concepto, atribuido generalmente a Polacco, de que la responsabilidad extracontractual deriva de la violación del deber genérico de no dañar, mientras que la contractual se genera por el incumplimiento de una obligación preexistente. Polacco expresa que la culpa contractual “presupone existente una obligación” [...] y que la extracontractual “se tiene cuando se causa un daño a una persona hacia la cual no se está ligado por ninguna *obligación especial*, más allá de aquel deber genérico que se tiene hacia todos del *neminem ledere*”.

Sin embargo, además de recordar, con Carnelutti (1912, p. 743 y ss.) que el concepto de deber genérico es posiblemente una ilusión como las del hada Morgana, la construcción de una distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual sobre el referido criterio no tiene ninguna explicación lógica y confunde las finalidades del derecho de daños, con las del derecho contractual.

Esa confusión ha sido caldo de cultivo para el desarrollo de la tesis de la unificación de la responsabilidad, generalmente extendida. La idea de la unificación pone énfasis en el resarcimiento del daño, pero deja en la sombra que lo que realmente constituye el núcleo de la responsabilidad contractual: el reconocimiento de la autonomía privada, en torno a la cual debe establecerse la medida de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. La doctrina de la unificación de la responsabilidad civil ha perdido de vista que la indemnización de los daños contractuales cumple una función distinta que la reparación de los daños causados fuera del contrato; ya que en el primer caso, la referencia es el objeto pactado por las partes, y en el segundo, tal referencia se encuentra ausente (Rémy, 1997, p. 323-355).

Si aceptamos que la finalidad de la responsabilidad contractual es que el contratante inocente consiga ser colocado en una situación lo más cercana posible a aquella que hubiera existido si el contrato se hubiera cumplido, la responsabilidad post contractual no podría ser sino contractual, y ello porque habría que poner especial foco en el acuerdo, en el pacto, y en el objeto y el contenido, en tanto descripción de la operativa negocial de acuerdo a la voluntad de los sujetos de la autonomía privada, para saber si del mismo se deriva explícita o implícitamente, un deber de conducta determinado para la época posterior al cumplimiento de las obligaciones principales del contrato.

Este planteamiento sigue las ideas clásicas de Pothier, según el cual el fundamento de la obligación de

⁶ Por ello exige que se prueben todos los elementos del 1319 CC. Tribunal de Apelaciones de 1° Turno, Maccio, Salvo, Venturini (red.), sentencia 122/2017, de 18/10/2017.

indemnizar los daños y perjuicios por la falta de entrega de la cosa radica en que se considera razonablemente que el deudor contractual se ha sometido voluntariamente a tener que pagarlos en caso de incumplimiento. Los ejemplos que pone Pothier para determinar hasta dónde llega la indemnización de los daños y perjuicios siguen siempre este criterio: cuál fue el objeto de la convención, qué fue lo que las partes pactaron; de lo que se deduce que la característica principal de este régimen de resarcimiento de daños y perjuicios se vincula con la convención (de Cores *et al.*, 2013, t. I, p. 163).

En vía complementaria puede agregarse que mientras la obligación indemnizatoria extracontractual busca colocar a la víctima en la situación lo más parecida posible a la que se encontraba antes del hecho dañoso, o sea, en una situación pasada; aun cuando se condene a la indemnización de daño futuro, ello se hace en función de la repristinación de esa situación pasada; en cambio, la responsabilidad contractual busca colocar al acreedor en una situación similar a la que hubiera ocurrido en el caso del cumplimiento, esto es, una situación futura e hipotética, que en realidad no se dará nunca.

Se trata de procurar al acreedor las ventajas o beneficios del contrato no cumplido, y por tanto, el foco del análisis del intérprete debe centrarse en el objeto del contrato, y en la determinación de cuál haya sido el programa contractual. Es a partir de ello que tiene sentido preguntarse si subsisten obligaciones de confidencialidad, o de no concurrencia, o las garantías de saneamiento.

Búsqueda de un ámbito específico de la responsabilidad post contractual

Aun cuando no pueda asignarse una naturaleza homogénea a todos los supuestos de responsabilidad que operan en el período posterior al contrato, hay que reconocer que la idea de responsabilidad postcontractual es útil para focalizar la atención en los fenómenos que ocurren típicamente en este período.

Alferillo (2017, p. 17) propone clasificar los deberes postcontractuales en de no concurrencia, de confidencialidad y de garantía.

Siguiendo esa propuesta, trataremos dichos casos por separado.

Las obligaciones secundarias y el principio de la buena fe

El supuesto mismo de la responsabilidad postcontractual, según Leiva, implica, pues, el previo cum-

plimiento de las obligaciones principales, quedando reservado para el incumplimiento de obligaciones secundarias. Ello hace que la misma se estudie generalmente en relación con obligaciones secundarias, lo que plantea el problema mismo de qué se entiende por obligaciones secundarias.

Algunos autores encuentran la especificidad de la responsabilidad post contractual en el caso de los deberes secundarios de conducta.

Betti (1969, t. I, p. 104, *in* Solarte Rodríguez, 2004, p. 306) señala que los deberes secundarios de conducta, que él denomina “obligaciones complementarias”, pueden clasificarse en: (a) los que son antecedentes a la celebración del contrato; (b) los que son concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y (c) aquellos que son subsiguientes al cumplimiento de la prestación.

Dahm, afirma que por responsabilidad postcontractual tiene en cuenta las obligaciones que incumben a las partes contratantes después de la perfección y consumación del contrato, de naturaleza accesoria y que no resultan expresamente de lo convenido (Alferillo, 2017, p. 13). Identifica la “*culpa post contrahendum*”, expresión significativa, que evoca el clásico trabajo de Rudolf Von Ihering: “De la culpa in contrahendo o de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas”.

Otra posibilidad es hablar de los deberes de buena fe en la ejecución del contrato.

Alferillo cita a Solarte Rodríguez, que individualiza los “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. Su origen está en planteamientos de juristas alemanes como Staub y Stoll, a comienzos del siglo XX, así como Demogue en Francia. Según Solarte Rodríguez, estos deberes secundarios pueden clasificarse en negativos y positivos.

Para Lorenzetti la responsabilidad postcontractual “se caracteriza por ser una conducta violatoria de un deber colateral acordado por las partes o en la buena fe, que lesiona una posición jurídica de pleno goce de los bienes luego del cumplimiento del contrato”. Para su configuración, a su juicio, deben concurrir los siguientes tres presupuestos. Primero: que se cumplieron las obligaciones nucleares o principales ... segundo: que existan deberes colaterales, que hay en todo contrato, porque derivan de la buena fe, como sucede con los deberes de seguridad, custodia, consejo, información, confidencialidad, lealtad. La responsabilidad postcontractual surgiría cuando se violan

estos deberes, estando ya cumplidas las obligaciones nucleares. Tercero. Existencia de una conducta violatoria de estos deberes...” (Rodríguez Russo, 2015, p. 936).

En la doctrina chilena, se considera también que la responsabilidad postcontractual es aquella que surge del incumplimiento de ciertos deberes colaterales del contrato una vez que se han extinguido sus obligaciones principales (Isler Soto, 2017, p. 47-61). El concepto fue recogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, cuando argumenta que “se trataría de una manifestación de la responsabilidad postcontractual por incumplimiento de deberes laterales o secundarios del contrato, que se refieren a la entera satisfacción de la convención.”⁷

Otros ejemplos que brinda Isler Soto en relación con la experiencia chilena, son el deber del proveedor de resguardar los datos personales de los consumidores, aún después de haberse terminado la relación contractual; o bien la obligación del proveedor-acreditor de informar a los bancos de datos del pago de una deuda, para que el deudor-consumidor sea removido de la nómina correspondiente. Como se puede advertir, se trata de un deber que subsiste a la extinción de la relación contractual —ya se ha realizado el pago— y cuya vulneración también ha merecido sanción en sede de protección de los derechos de los consumidores.

Responsabilidad postcontractual y obligación de saneamiento

Además de la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones secundarias, un capítulo trascendente que pertenece a la etapa posterior a la extinción del contrato es el de la obligación de saneamiento, que comprende el saneamiento por evicción, por vicios ocultos y el caso particular de la responsabilidad decenal.

Decimos que pertenece al campo de la responsabilidad postcontractual porque supone la entrega de la cosa en la compraventa o la recepción en el arrendamiento de obra, lo que implica el cumplimiento de la obligación principal característica del contrato.

La obligación de saneamiento no ingresa, no obstante, cómodamente, en el concepto de obligación secundaria, pero plantea el caso tal vez más interesante

de responsabilidad postcontractual, por lo que lo estudiaremos en forma detallada.

Obligación de saneamiento

Según la doctrina tradicional, el régimen del saneamiento es algo diferente del régimen del incumplimiento y constituye una disciplina especial que deroga el régimen general del incumplimiento. Y debe serlo, porque por hipótesis, el contrato se ha cumplido, se ha extinguido por cumplimiento, quedando vigente una situación de garantía de carácter postcontractual. Ello da origen a un sistema dualista: incumplimiento por un lado, que configura la responsabilidad contractual propiamente dicha, y saneamiento, como una categoría diferente, por el otro.

La doctrina ha cuestionado esta dicotomía —tradicional en los sistemas de cuño romanístico— entre incumplimiento del contrato y garantía de saneamiento. En efecto, las dificultades en la distinción entre incumplimiento y garantía se manifiestan en forma evidente en relación con la disciplina de los vicios ocultos en la compraventa. La jurisprudencia de todos los países de derecho civil muestra una importante litigiosidad en torno a la calificación de un supuesto de falta de cumplimiento como incumplimiento contractual generador de responsabilidad contractual, cuyo plazo de prescripción es el de las acciones personales, que generalmente es amplio (diez o veinte años) o como hipótesis de saneamiento, en cuyo caso proceden las llamadas acciones edilicias, con un plazo exiguo de caducidad (seis meses, o “*des bref délais*”, en el derecho francés). La exigüidad del plazo semestral de caducidad de las acciones edilicias motiva que en casi todos los casos de litigio relacionado con defectos de una cosa vendida se discuta si estamos ante un caso de compraventa o de vicio oculto.

Ello ha obligado a la jurisprudencia comparada a hilar fino en torno a la distinción entre garantía por vicio oculto (acciones edilicias), y responsabilidad por falta de calidad de la cosa vendida (acciones generales innominadas de por incumplimiento contractual). Y la distinción, que en teoría aparece clara, en la práctica resulta totalmente desvirtuada y confusa, hasta el punto de puede decirse que no hay vicio oculto que no pueda ser, y en efecto no haya sido considerado, como falta de calidad de la cosa vendida, transitándose así del plano del incumplimiento, al plano del saneamiento.⁸

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 109-2014, 17 de noviembre de 2014.

⁸ En la jurisprudencia uruguaya hay casos paradigmáticos. Uno es el que involucra la venta de un cuadro atribuido al renombrado pintor uruguayo Figari cuya autenticidad resulta luego cuestionada; otro muy significativo es el reclamo por venta de “*parquet*” para pisos, que se reveló luego de la entrega y colocación en una obra, como conteniendo un porcentaje de humedad excesivo, que determinó su deformación y desprendimiento cuando comenzó a funcionar la calefacción del edificio; y abundan los casos de automóviles con defectos mecánicos, edificios con humedades, etc. (de Cores et al., 2013, t. I, p. 399).

La tendencia general de la jurisprudencia en el derecho comparado, es a aplicar a los casos de defectos de la cosa vendida, el régimen general de incumplimiento por falta de calidad, amparando la demanda aún luego de vencido el plazo de caducidad de las acciones edilicias.

Es muy interesante la experiencia del derecho italiano. El legislador, en oportunidad de modificarse el código en 1942, estableció, junto con las acciones edilicias, sometidas al plazo de caducidad de un año (art. 1495) la previsión de acciones en caso de falta de calidad de la cosa vendida (art. 1497). Pero sorprendentemente, confirió para el ejercicio de esta acción, el mismo plazo que para las acciones edilicias. Ello motivó una reacción de la doctrina, que acuñó una nueva categoría, la del *aliud pro alio*, como concepto distinto del de falta de calidad, para tutelar los intereses del actor aun cuando la demanda fuera promovida fuera del plazo especial de un año, siempre, naturalmente, dentro del plazo general de prescripción de las acciones personales, que en Italia es de quince años (Gabrielli, 1987).

Esta problemática es compartida por todos los ordenamientos que se basan en el sistema de acciones edilicias previsto en el derecho romano, siendo similares las tendencias jurisprudenciales.⁹

Falta de conformidad

Ahora bien, planteada la cuestión teniendo en cuenta el derecho comparado, se advierte que existen otros modos de conceptualizar el problema.

Frente a este modelo dualista de la tradición romanista, existe el sistema monista del derecho anglosajón (Vattier Fuenzalida, 2008); este modelo eleva la garantía por vicios ocultos al rango de obligación esencial del vendedor, por lo que los defectos constituyen un incumplimiento de su obligación de entregar la cosa vendida, en las condiciones debidas. El sistema del *common law* no distingue, por tanto, entre incumplimiento y saneamiento, desde el momento en que todo el sistema

gira en torno a la idea de promesa o garantía de cumplimiento, y cualquier falla referente a dicho cumplimiento es considerada como incumplimiento del contrato (Torrelles Torrea, 2006). Se trata, por tanto, de un sistema más claro y más tuitivo para el comprador.¹⁰

Este modelo, que plantea una disciplina del cumplimiento defectuoso en la compraventa que esté organizado en forma unitaria sobre la base de la idea no conformidad con el contrato, fue tomado por los autores de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías.¹¹

La indudable superioridad práctica del sistema monista ha determinado una apreciable tendencia jurisprudencial en los países de derecho civil, en el sentido de ampliar progresivamente el ámbito del incumplimiento contractual a expensas de la zona de los vicios ocultos, para permitir la aplicación de remedios fuera del corto plazo de seis meses que las acciones edilicias conceden al comprador. En ese aspecto, creo que existe una progresiva asimilación del régimen de los vicios ocultos al del incumplimiento contractual.

En Alemania, la reforma del BGB del 2002 toma nota de este problema. La nueva regulación de la compraventa (*Kaufvertrag*) comienza en el art. 433: “El vendedor ha de proporcionar al comprador la cosa libre de vicios de la cosa y de vicios jurídicos”. Según Klaus Albiez Dohrmann, (2002, p. 1200) la falta de vicios se convierte, así, en uno de los temas centrales —por no decir el principal— de la compraventa. Además de la entrega de la cosa y de la transmisión de la propiedad, es una obligación típica del vendedor la de entregar la cosa sin ningún vicio. A diferencia del sistema anterior del BGB, en el que la falta de vicios no formaba parte del deber de prestación del vendedor, a partir de ahora, la falta de vicios se integra en el deber de prestación del vendedor. El legislador se ha decidido claramente por la teoría del cumplimiento. Ello tiene como principal consecuencia que con la Reforma el régimen jurídico general de la contravención de la prestación y la responsabilidad por vicios ya no constituyen

⁹ Se observa, en el derecho uruguayo, una sentencia discordante con esta tendencia. TAC 5°. Sentencia No. 0002-024927/2012, de 14 de mayo de 2014, que sostiene que cuando el vicio es susceptible de reparación, no podemos hablar de falta de calidad de la cosa vendida y en consecuencia el supuesto cae dentro del concepto de vicio oculto con la consiguiente aplicación del plazo semestral de caducidad de la acción.

¹⁰ Algunas ideas básicas de ese sistema están contempladas en el artículo 2 del Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos: los bienes, o cualquier aspecto del cumplimiento del contrato, son “conformes” cuanto están en concordancia con las obligaciones bajo el contrato (§ 2-106), y el vendedor “garantiza” que así será. Cualquier cumplimiento u oferta de cumplimiento que no sea conforme constituye incumplimiento del contrato (§ 2-711), o sea, violación de la garantía (*warranty*), que es lo mismo. Existe una *express warranty* o garantía expresa de que el bien vendido se conformará a las afirmaciones, descripciones o muestras efectuadas o proporcionadas por el vendedor sobre el bien (§ 2-313). A su vez existen dos garantías implícitas (*implied warranties*): una genérica de *merchantability*, es decir, que los bienes vendidos satisfacen el propósito a que ordinariamente sirven bienes de la clase descrita en el contrato (§ 2-314); y si el vendedor podía saber que el comprador tenía algún propósito especial respecto de los bienes y que confiaba en la selección de bienes por el vendedor, existe, también, una garantía implícita de que los bienes serán útiles para ese propósito específico (§ 2-315).

¹¹ En los artículos 46 a 52, así como en los artículos 74 a 77, y confieren al comprador los siguientes remedios: (a) pedir la entrega de bienes sin defectos en reemplazo. Esta vía se asimila al cumplimiento forzado en especie. (b) Pedir la reparación de los bienes. (c) Pedir la resolución del contrato. (d) Pedir la reducción del precio. (e) los remedios indicados pueden ser aplicados en caso de incumplimiento parcial. (f) Aceptar los bienes defectuosos y pedir daños y perjuicios. (g) Pedir daños y perjuicios (De La Maza, 2015, p. 79-100; Aburto y De La Maza, 2015, p. 61-108; De La Maza, 2014, p. 117-159).

—como antes— sistemas de responsabilidad independientes (Albiez, 2002, p. 1133-1228).

Este modelo de la Convención de Viena, inspira también la legislación europea de protección al consumidor en materia de compraventa de bienes de consumo, ámbito en el que la obligación de garantía constituye la novedad más importante.¹²

Las características principales de esta nueva concepción de la responsabilidad contractual por cumplimiento defectuoso, que constituyen un verdadero aporte de la disciplina de la compraventa a la teoría general del contrato, tiene como resultado una simplificación del marco normativo.¹³

El recientemente aprobado código civil y comercial de la Nación Argentina no ha recibido la unificación del régimen del incumplimiento en torno al concepto de falta de conformidad, lo que le ha valido críticas de la doctrina más atenta, como la que surge del trabajo de la profesora Noemí Nicolau incorporado en el libro que motiva este evento (Nicolau, 2017, p. 799 y ss.).

La concurrencia de acciones

En este contexto, muchas voces se alzan proponiendo una reforma del derecho contractual que se organice en forma unitaria en torno al concepto de incumplimiento por falta de conformidad, con lo cual, claramente, el reducto de la responsabilidad contractual constituido por la obligación de saneamiento dejaría de existir, ya que sus supuestos caerían claramente dentro de la responsabilidad contractual.

Sin embargo, mientras esa solución no sea derecho positivo, los intérpretes debemos abordar el problema de la concurrencia o acumulación de acciones genéricas, por incumplimiento, y específicas, por saneamiento. Ello depende muchas veces del derecho positivo, pero se observa la tendencia doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de permitir al actor una elección de las acciones que mejor tutelen su interés. Tal es la

clara solución establecida por el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos: las garantías, ya sea implícitas o expresas, se interpretarán como consistentes, esto es no contradictorias, unas con otras y como acumulativas, a menos que ello no sea razonable (§ 2-317).

Es interesante observar la solución del derecho italiano, tanto en materia de compraventa como en materia de arrendamiento de obra (*appalto*). El art. 1669 del código civile, que regula lo que llamaríamos “responsabilidad decenal”, refiere a “*edifici o altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata*” e incluye no sólo el concepto de ruina, sino el “*evidente pericolo di rovina o gravi difetti*”. Pero en el código civile se encuentra también normativa expresa sobre los vicios o defectos que presente la obra y que no entren dentro del ámbito estricto de la responsabilidad decenal. Hablamos —como hemos indicado— de normas de una portada equivalente a las que nuestro código trae sobre vicios ocultos en la compraventa, y que se encuentran ausentes en sede de contrato de arrendamiento de obra.

En efecto, el art. 1667 inciso 1 del código civil italiano comienza proclamando el principio general de que el arrendador de obra es *garante* por las deformidades y vicios de la obra. Como puede observarse, no se trata de una norma específica de las edificaciones, sino que se aplica a todo contrato de arrendamiento de obra, y comprende no sólo los defectos graves, sino todos.

Igual que la uruguaya, cuando discute sobre la diferencia entre obligación y garantía, la doctrina italiana ha discrepado sobre la naturaleza jurídica de dicha situación pasiva del arrendador de obra.

Del mismo modo que en Uruguay, la doctrina italiana ha intentado dos explicaciones. Una es que se trate de una garantía en sentido técnico, ... que consiste en una promesa de indemnización en sentido amplio, para el caso de que se verifique un evento dañoso para un determinado sujeto (el garantizado). ... no como sanción por el incumplimiento de una obligación precedente, sino como obligación primaria, que nace directamente de la promesa, del negocio de garantía (como

¹² La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo reconoce que “[...] las principales dificultades y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato. Los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales. En el caso de que el producto no sea conforme al contrato, los consumidores deben tener derecho a que los bienes se conformen a él sin cargo alguno, pudiendo elegir entre su reparación y su sustitución, o en su defecto, obtener una reducción del precio o la resolución del contrato. El consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o sustitución del bien, salvo si ello resulta imposible o desproporcionado... una forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento”.

¹³ En la directiva se señalan cuatro categorías de incumplimiento defectuoso: (a) Defectos materiales: hay conformidad siempre que el bien se ajuste a la descripción realizada por el vendedor; lo mismo oral que escrita, esto es, que no tenga defectos físicos o materiales, o que el bien posea las cualidades previstas por la muestra o el modelo; (b) Defectos funcionales: la conformidad exige que el bien sea apto para el uso ordinario a que se destina, es decir, que sea idóneo para su uso habitual, o que el bien sea apto para el uso especial requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor en la celebración del contrato; (c) Defectos de instalación: la conformidad supone que la instalación del bien sea correcta, lo mismo si la realiza el vendedor, un tercero bajo su responsabilidad o el propio consumidor; siempre que exista un error, en este último caso, en las instrucciones de instalación; (d) Defecto de información, por no ajustarse a la publicidad: la conformidad implica que el bien presente la calidad y prestaciones que el consumidor pueda fundadamente esperar, dadas su naturaleza y las declaraciones públicas hechas por el vendedor y por el productor o su representante, en particular, en la publicidad y el etiquetado.

ocurre por ejemplo en la fianza). Otra es que se trate simplemente de una aplicación especial de la responsabilidad contractual común por incumplimiento o por cumplimiento inexacto. ...La autorizada opinión de Rubino es que se trataría de responsabilidad contractual, aún con desviaciones respecto de las reglas comunes de ella, porque es la misma obligación de ejecutar la obra que tiene por contenido ejecutarla sin defectos ni deformidades; si ello no ocurre, se tiene un cumplimiento inexacto o defectuoso.

El planteo de esta regulación en múltiples niveles: incumplimiento del contrato en general, saneamiento, falta de conformidad y responsabilidad decenal, abre la puerta para el estudio de esta última cuestión en el marco de la responsabilidad postcontractual.

La responsabilidad decenal como responsabilidad postcontractual

Sánchez Fontáns (1953, tomo II, párrafo 355) en el Uruguay enfoca el problema de la responsabilidad postcontractual, afirmando que las diversas situaciones a través de las cuales se manifiesta la responsabilidad del arquitecto y del constructor, pueden sistematizarse y clasificarse desde diversos puntos de vista, uno de los cuales atiende a la vigencia del contrato. Desde esta perspectiva, Sánchez refiere a una “*responsabilidad postcontractual*”, que define como aquella que surge con posterioridad a la recepción, y comprende la responsabilidad de derecho común por incumplimiento del contrato, en caso de vicios ocultos, y la responsabilidad decenal. La recepción de la obra implica la extinción de la obligación principal del contrato, pero ello no impide que la responsabilidad pueda generarse en el período post contractual.

Se abre así un fascinante capítulo de la cuestión de la responsabilidad postcontractual, que alude a la imperfección o defecto en el cumplimiento del contrato de obra y especialmente, al contrato de construcción de edificios. El especial interés que suscita esta cuestión deriva de la superposición de regímenes que disciplinan dicho supuesto.

Por un lado, hay normas específicas sobre la responsabilidad por ruina de los edificios; por otro, normas sobre vicios o desperfectos en el contrato de arrendamiento de obras; y por otro, normas generales sobre incumplimiento, contenidas en la Parte General de los códigos civiles o incluso en sede de otros contratos nominados como la compraventa, que son susceptibles de ser generalizadas y aplicadas analógicamente a las situaciones de defectos constructivos.

Los defectos de que adolece una obra como consecuencia de un incorrecto cumplimiento pueden detectarse en oportunidad de la entrega y correspondiente recepción. Si el comitente aprecia defectos en la obra en ese momento, puede resistirse a recibirla, y la cuestión se dilucida entonces en torno al juicio de los peritos que pueden verificar si asiste la razón al comitente o al empresario. Pero, del mismo modo que en la compraventa, puede ocurrir que los vicios no sean aparentes en ese momento, sino que se manifiesten con posterioridad, es decir, que constituyan vicios ocultos.

Ello supone que la obra se ha entregado, lo que, según una parte de la doctrina, implica el cumplimiento y la extinción del contrato, quedando solamente en vigencia un vínculo de garantía, del mismo modo que ocurre en la compraventa con los vicios ocultos, supuesto que constituiría uno de los capítulos más importantes de la responsabilidad postcontractual. Según esta perspectiva, la cuestión de los vicios ocultos en el contrato de arrendamiento de obra reedita la problemática ya analizada: la hipótesis no configura, entonces, en esa tesitura, un supuesto de incumplimiento —pues el contrato ya está cumplido y extinguido— sino de responsabilidad o garantía.

Esta idea de la obligación nueva, de carácter postcontractual y contingente, que nacería en el caso de la aparición del vicio, es en efecto más conforme con la idea de garantía que con la idea de obligación. Lo que sostiene en suma la teoría de la garantía aplicada al contrato de construcción es que el haz obligacional emergente del contrato se extingue por el cumplimiento. De modo que lo único que queda subsistente es un vínculo jurídico de garantía, impuesto por la ley, similar al que impone la ley al vendedor respecto del saneamiento de los vicios ocultos en la compraventa (art. 1718 a 1727 CC) (Salvo, 1998, p. 651).

Como hemos visto, la principal consecuencia conceptual que deriva de la teoría de la garantía es que el supuesto sale fuera del cuadro general de las acciones por incumplimiento contractual, que son fundamentalmente atípicas, basadas en cláusulas generales, e ingresa en un campo del derecho contractual en el que predomina la tipicidad, ya que es la propia ley la que organiza acciones específicas en determinados supuestos de garantía, que confieren al beneficiado importantes ventajas, pero naturalmente no pueden funcionar fuera del estricto marco en el que la ley las otorga.

La garantía confiere al legitimado activo importantes ventajas, derivadas fundamentalmente del carácter objetivo y agravado de la responsabilidad, pero tiene el inconveniente de ser procedente sólo

en supuestos específicos, fuera de los cuales no puede ser aplicada, lo que genera a menudo conflictos interpretativos sobre el texto de la norma y la posibilidad de su aplicación analógica.¹⁴

La calificación de la cuestión de la responsabilidad decenal como incumplimiento contractual aparece lógicamente la reducción del campo de la responsabilidad postcontractual, pues los supuestos pasarían lisa y llanamente al campo de la responsabilidad contractual por incumplimiento.

Parte general y parte especial del derecho contractual

Los desarrollos precedentes plantean en toda su complejidad el tema de la relación entre la Parte General o la doctrina general del contrato, y la Parte Especial, donde aparece el régimen de la responsabilidad decenal. Del mismo modo que ocurre con la compraventa, en sede de arrendamiento de obra, una visión diferente es la que subsume el supuesto de la llamada responsabilidad decenal, en la categoría general del incumplimiento contractual, conceptualizando que la existencia de vicios o defectos en el edificio no configura simplemente un hecho al cual la ley atribuye efecto de garantía, obligando a un sujeto a indemnizar a otro si ese hecho ocurre, sino que constituye la consecuencia de un actuar deficiente del obligado contractual, de una conducta incorrecta de una de las partes en el contrato de construcción, a saber, del obrero o constructor, que es la que ha provocado el vicio que produce el daño, esto es, la ruina. En efecto: si hay vicio del suelo, o mala calidad de los materiales, no es relevante el hecho en sí aisladamente considerado, sino la conducta del sujeto que está contractualmente obligado a estudiar y dictaminar la resistencia del suelo, y a diseñar un edificio debidamente apoyado en el mismo, o a seleccionar los materiales, descartar los que son inidóneos y seleccionar los adecuados, siempre en relación con un contrato.

En esta perspectiva, es de rigor concluir que “existirá incumplimiento del contrato toda vez que no se produzca el resultado prometido [...] esto es, la edificación realizada conforme al encargo recibido [...] con cumplimiento de la normativa técnica que sea de aplicación (pues los estándares de calidad establecidos [...] integran la prestación debida), carente de defectos constructivos y terminada en el tiempo pactado. Tanto

cuando lo realizado no se ajuste a lo pactado o a la normativa técnica que sea de aplicación, como cuando la ejecución no se realice en el tiempo previsto, o cuando la obra presente defectos constructivos, habrá siempre incumplimiento” (Carrasco Perera *et al.*, 2012, p. 405).

Y el incumplimiento de contrato constituye un supuesto atípico que se encuentra disciplinado no solamente por normas específicas, sino también por reglas y cláusulas generales. Habrá que ver qué tipo de obligación era la que surgía del contrato, si era de medios o de resultado, qué tipo de contrato, qué tipo de incumplimiento, qué opciones confiere la ley (ejecución, resolución, indemnización de daños y perjuicios) si del texto de la ley surge algún ordenamiento de la carga de la prueba del incumplimiento, de la culpa o del daño, y si en algún lugar la ley establece un plazo de prescripción o de caducidad, así como también si existen normas que disciplinen el supuesto en sede de contratos especiales.

El art. 1669 del código civil italiano, que regula la llamada responsabilidad decenal, se presenta como un régimen especial respecto de la disciplina general de los contratos en el arrendamiento de obra (art. 1667 y 1668). El carácter especial de la norma es manifiesto. Primero, no se aplica a cualquier obra, sino a “edificios o cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a la larga duración”. Segundo, el defecto es calificado: vicio del suelo o defecto de la construcción. Tercero: se requiere ruina total o parcial, o evidente peligro de ruina, o graves defectos. En suma: un defecto menor, se regirá por los art. 1667-1668; un defecto grave, por el art. 1669.

Los italianos se preguntan cuál es la relación entre esta responsabilidad prevista en el art. 1669 cc (responsabilidad decenal) y la que surge de los art. 1667-1668 (responsabilidad ordinaria por vicios), respondiendo que “si bien la cuestión se concreta en una serie de problemas específicos y menores, relevantes en la práctica [...] se debe concluir que [...] los art. 1667 y 1668, aún siendo excepcionales respecto de las reglas generales sobre la responsabilidad contractual, constituyen a su vez reglas generales en materia de responsabilidad del arrendador de obra por vicios, y que a su vez, la responsabilidad prevista en el art. 1669 no es una figura completamente diversa de la responsabilidad ordinaria del arrendador de obra por vicios, sino que se encuadra fundamentalmente en ella, colocándose como una simple subespecie. Subespecie que presenta algunas desviaciones respecto de las reglas de los art. 1667 y 1668. [...] pero fuera de estas desviaciones, para

¹⁴ En efecto, la doctrina ha señalado que la naturaleza especial de la obra (el edificio) ha hecho necesario establecer un régimen específico y de excepción que, en consecuencia, resulta inextensible analógicamente y de interpretación estricta (Gamarra, 1981, p. 285-286).

los puntos no expresamente regulados por el art. 1669, se aplican también a esta responsabilidad las reglas comunes de los art. 1667 y 1668. [...] En cuanto refiere a la comparación con las reglas generales sobre la responsabilidad contractual, dado que los art. 1667 y 1668 son ya una excepción a ellas, se puede decir que el art. 1669 es una excepción a la excepción (lo que no implica ninguna contradicción, en tanto los conceptos de regla y de excepción son eminentemente relativos)” (Rubino, 1946, p. 270).

Siguiendo la terminología de los lógicos aristotélicos, podríamos considerar que la responsabilidad general por incumplimiento de contrato constituye el género superior; el régimen general de vicios en el contrato de arrendamiento de obra (que en el derecho uruguayo no ha sido explicitado por el legislador) actúa como género intermedio, y la disciplina de la responsabilidad decenal se manifiesta como género inferior.

Reflexión final

En definitiva, la cuestión de la responsabilidad postcontractual lleva a considerar cómo relacionar y hacer dialogar la normativa existente en diversos planos: el general de remedios contractuales, el intermedio (como en el caso de la responsabilidad por saneamiento por vicios) y el inferior (como por ejemplo el de responsabilidad decenal), a lo que debe agregarse la normativa constitucional y la derivada de los tratados internacionales, problema delicado del que supo ocuparse hace treinta años el Profesor Giorgio de Nova.

En un señero artículo publicado en *Contratto e Impresa*, revista dirigida por Francesco Galgano, que recoge en su ponencia al Congreso de civilistas italianos de Venecia de 1988, el mismo donde Giuseppe Gandolfi presentó su “Rilettura del libro quarto del código civile nella prospettiva di un código europeo de contratti”, Giorgio De Nova (1988, n. 4, p. 327 y ss.) reflexiona a propósito de la múltiple regulación de remedios ante el incumplimiento ofrecida por la Parte General del Código Civil sobre el derecho de los contratos, por las normas de la Parte Especial y por las leyes sectoriales.

El Maestro De Nova propuso en ese artículo abandonar la idea unitaria de contrato y sustituirla por una Parte General fragmentada, que tuviera cuenta de la diversidad de situaciones de la práctica: contratos entre privados y contratos de empresa, contratos individuales, objeto de tratativa, y contratos de serie, por adhesión; contratos entre empresas y contratos con los consumidores, contratos domésticos y contratos internacionales, proponiendo, en suma, una fragmentación de la

figura general del contrato y un protagonismo cada vez mayor de la disciplina de los contratos singulares.

Esta idea ha recorrido el mundo, plasmándose en la reciente reforma del código civil y comercial de la Nación Argentina de 2015.

Sin embargo, De Nova no propuso abandonar completamente la teoría general del contrato. En todo caso, avanzar hacia un nuevo derecho, pero recordando las fuentes.

La solución de esa complejidad no puede resumirse en una fórmula fácil. Así lo intuyó De Nova. Aludiendo a esta necesaria ida y vuelta, escribió De Nova (1988, p. 346):

Se non vedo male, quello che ci si propone, non è un viaggio rettilineo nel quale il viaggiatore si butta in avanti perdendo la propria identità, e non è un ritorno ad Itaca. È un viaggio in avanti, ricordando Itaca.

Por eso, la relación entre Parte General y Parte Especial del derecho de los contratos, y de ellas con la Constitución y con las leyes sectoriales, no puede ser lineal, sino que debe reflejar la complejidad del derecho privado postmoderno, que se construye en un movimiento de ida y vuelta entre el Código Civil —que funciona como gran índice o como dicen los autores del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, como tablero de control del sistema de fuentes— y las leyes sectoriales, la Constitución y los tratados internacionales, para retornar luego al Código.

Referencias

- ABURTO, J.P.; DE LA MAZA, Í. 2015. Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador. *Revista Ius et Praxis*, 21(2):61-108. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122015000200003>
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. 2002. Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de derecho civil*, 55(3):1133-1228.
- ALFERILLO, P. 2017. Las disposiciones generales de la obligación de saneamiento. *La Ley*, LXXXI(182, tomo 2017-E): 3-26.
- BERNAL, M. 2013. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta. *Universitas. Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana*, 126:39-64.
- BETTI, E. 1969. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 387 p.
- CARNELUTTI, F. 1912. Sulla distinzione tra colpa contrattuale e extra-contrattuale. *Rivista di Diritto Commerciale*, X(11):743-ss.
- CARRASCO PERERA, Á. et al. 2012. *Derecho de la construcción y vivienda*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 1240 p.
- COSTANZA, M. 1983. Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede. *Rivista di diritto civile*, 29(1):520-537.
- DE CORES, C. et al. 2013. *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre incumplimiento de contrato*. Tomo I. Montevideo, La Ley Uruguay, 2800 p.
- DE CORES, C. 2015. *Pasado, presente y futuro de la teoría general del contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*. Montevideo, Editorial

- Universidad Católica del Uruguay, 771 p.
- DE LA MAZA, I. 2015. La conformidad de la cosa vendida: adecuación material. *Revista de Derecho (Valdivia)*, **XXVIII**(1):79-100. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000100004>
- DE LA MAZA, I. 2014. La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, **XLIII**:117-159. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512014000200003>
- DE NOVA, G. 1988. Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti. *Contratto e impresa*, **4**:327-346.
- FERNÁNDEZ ARBELÁEZ, I.M. 2015. *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso administrativo*. Tomo I. Volumen 2. Colombia, Editorial Universitaria de la Universidad de la Gran Colombia, 820 p.
- GABRIELLI, E. 2006. I contratti in generale. In: P. RESCIGNO; E. GABRIELLI (dir.), *Trattato dei contratti*. Torino, UTET.
- GABRIELLI, E. 1987. *La consegna di cosa diversa*. Napoli, Jovene, 207 p.
- GAMARRA, J. 1981. *Tratado de derecho civil uruguayo*. Tomo I. Montevideo, Fernández, 343 p.
- ISLER SOTO, E. 2017. Sernac con Farmacias Ahumada S.A.: Un acercamiento a la responsabilidad postcontractual en materia de consumo. *Revista de Derecho. Escuela de Posgrado, Universidad de Chile*, **9**:47-61.
- LEIVA FERNANDEZ, L.F.P. 2002. La responsabilidad postcontractual. In: F.T. REPRESAS, *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales*. Tomo I, Buenos Aires, La Ley, p. 1336-1342.
- MASCIOTRA, M. 2003. *El hábeas data. La garantía polifuncional*. La Plata, Librería Editora Platense, 666 p.
- MEDINA DE LEMUS, M. 2007. *Contratos de comercio exterior. Doctrina y formularios*. Madrid, Dikynson, 671 p.
- NICOLAU, N. 2017. La resolución del contrato por incumplimiento por falta de conformidad. Acerca de un sistema minimalista de responsabilidad por vicio en el derecho transmitido. In: S. DIAZ ALABART; E. GABRIELLI; L. LEIVA-FÉRNANDEZ (eds.), *La extinción de los contratos. Un enfoque comparado*. Buenos Aires, La Ley, p. 799-819.
- PÉREZ, E.A. 2005. *Weblog Calp*. Colegio de Abogados de la Plata, viernes 11 de mar.
- RÉMY, P. 1997. La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, **1997**:323-355.
- RODRÍGUEZ RUSSO, J. 2015. Contrato y responsabilidad civil. A propósito de la responsabilidad postcontractual y su disciplina jurídica. *Anuario de derecho civil uruguayo*, **45**:929-945.
- RUBINO, D. 1946. L'appalto. In: F.VASSALLI (dir.), *Diritto civile italiano*. Vol. 7. Tomo terzo. Torino, UTET, 412 p.
- SALVO, N. 1998. La responsabilidad decenal: un caso de garantía? *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, **XXVIII**:651-ss.
- SÁNCHEZ FONTÁNS, J. 1953. *El contrato de construcción*. Tomo II. Montevideo, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 461 p.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, A. 2004. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Universitas. Revista de la Facultad de ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana*, **53**(108):282-315.
- TORRELLES TORREA, E. 2006. El leve acercamiento de la Ley de Garantías de los Bienes de Consumo a la Non-Performance. In: E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II. Madrid, La Ley, p. 805-837.
- VATTIER FUENZALIDA, C. 2008. Sobre la garantía legal en las ventas de consumo. *Actualidad Civil*, **5**:1-15.
- VARACALLI, D.; PICASSO, S. 1994. Responsabilidad precontractual y postcontractual. *Lecciones y Ensayos*, **60-61**:209-239.

Submetido: 19/06/2018

Aceito: 07/11/2018