

TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO

Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia actual

Gerardo Caffera
Elías Mantero

1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL TRAS SU ADAPTACIÓN A LA ECONOMÍA DE SERVICIOS

En una sociedad cuya dimensión económica se ha movido fuertemente hacia la prestación de servicios entre individuos o empresas y en cadenas o redes, un crecimiento exponencial de las relaciones obligacionales como reflejo jurídico es un dato obvio.

En este escenario, la tutela de los acreedores no se podía contentar ya con el limitado alcance de protección *interna* de la teoría clásica. Era esperable que la responsabilidad extracontractual, como protección *externa*, comenzara a ser cada vez más convocada. No es sólo un salto cuantitativo y, por tanto, merece un esfuerzo de reflexión profundo.

Luego de los debates en torno al *riesgo* y el giro hacia la responsabilidad objetiva, la doctrina y jurisprudencia uruguaya están haciendo hoy una segunda revolución.

La tutela aquiliana del crédito está destinada, contra todas las expectativas de los clásicos, a ser un eje central de la nueva responsabilidad extracontractual, rompiendo los moldes históricos, cerrados sobre la lesión de derechos absolutos.

Este cambio de la sociedad, que ya BUSNELLI había notado a principios de

la década del 60,¹ se hace cada vez más notorio. En un futuro no muy lejano los ejemplos paradigmáticos de la responsabilidad extracontractual pueden dejar de ser los de vulneración de derechos absolutos y pasar a radicarse con igual fuerza en la lesión de derechos relativos.

La concepción clásica es propia de una economía estática. Debe dejar paso a una extracontractualidad vinculada a una interacción acelerada de los operadores económicos que quita de foco la propiedad de los bienes de capital, para apuntar hacia el daño a las relaciones obligacionales como nuevo epicentro.

2. EL IMPULSO SISTEMATIZADOR: TUTELA AQUILIANA GENÉTICA Y DINÁMICA DEL CRÉDITO. FIN DEL CASUISMO

Un movimiento de esta envergadura requiere un nuevo diseño de la malla conceptual. El seguimiento ordenado de la anatomía de la obligación (precisamente aquello cuyo daño está en juego) provee, a

¹ BUSNELLI ("La lesione del credito da parte di terzi" Ed. Giuffrè. Milano. Italia . 1964, Prefacio p. V) menciona el "gradual pasaje de una economía estática... a una economía dinámica caracterizada por la riqueza mobiliaria" ello "ha acelerado el ritmo de los intercambios y multiplicado por tanto la frecuencia de las relaciones obligacionales"

nuestro juicio, la llave de este giro de la responsabilidad civil.

La teoría de la obligación es una secuencia ordenada:

- a. comienza por la **fase genética de creación de la obligación** y continua
- b. por el desenvolvimiento de la obligación, ya creada, a través de dos planos que se presentan en disyunción alternativa:
 - i. la **dinámica normal** de cumplimiento a través de la actuación de la conducta debida (prestación) o la satisfacción del acreedor (utilidad) según la teoría adoptada y
 - ii. la **dinámica patológica generada por incumplimiento de la obligación** que termina en responsabilidad del deudor² finalizando por
- c. la **extinción** de la obligación

Este ciclo de la obligación es la base para ordenar el análisis de la tutela aquiliana del crédito, en lugar de la casuística que reina en la doctrina extranjera.

Hasta ahora esa doctrina sigue las líneas discontinuas de aquello que, momento a momento, ha golpeado la conciencia jurídica o las puertas de los Tribunales. No se ha tomado, en cambio, como base de sistematización, la propia estructura lógica de aquello que es dañado: la obligación. Ese cambio es nuestra tercer apuesta.

Las pseudo-ordenaciones del derecho comparado (entendibles por la crisis causada por un tema removedor) frenan la revolución teórica y práctica en curso, porque nos remiten continuamente a constelaciones de casos, pero nunca a una verdadera teoría general. La doctrina italiana discrimina comúnmente entre la lesión al crédito que proviene de: a) la **muerte o lesión del deudor** que impide que la prestación se cumpla; b) la derivada de la **destrucción** o detrimento de un **bien** del deudor que se encontraba **deducido en obligación**; y c) la **inducción** o complicidad

del tercero en el incumplimiento de un contrato. FRANZONI³ mantiene la visión casuística aunque mejorándola en algún aspecto, al introducir la distinción entre daño a la libertad activa y negativa de contratar. La doctrina argentina siguiendo la obra de APARICIO⁴ distingue entre: lesión **inmediata y mediata** del crédito. En la inmediata el acreedor es la **victima directa de la lesión** (p.ej. el pago con efecto liberatorio hecho de buena fe al **acreedor aparente** -art. 1455 CCU- donde el acreedor ve extinguido su crédito sin haber recibido la prestación, lo que da lugar a **responsabilidad de quien recibió ilícitamente el pago**). También se ubica en este supuesto la inducción al incumplimiento contractual. En la lesión *mediata*, el crédito viene lesionado por la afectación de la persona o los bienes del deudor objeto de la prestación. Se advierte que en la lesión *mediata* se cruzan las las acumulaciones de casos argentina e italiana.

Desde el **punto de vista doctrinario** en Uruguay la situación es mejor. El Maestro GAMARRA en el Tomo XIX de su Tratado (1981) abordó la cuestión con carácter sistemático dando a la figura un perfil propio. Nuestra propuesta adicional es ordenar el tema, también, desde la óptica del bien lesionado: el vínculo obligacional.

3. SISTEMATIZACIÓN EN BASE A LA ESTRUCTURA DE LA OBLIGACIÓN: TUTELA GENÉTICA Y DINÁMICA. APROXIMACIÓN A LOS CASOS PARADIGMÁTICOS.

Una rápida mirada a los ejemplos clásicos permite mostrar la sistematización propuesta.

Civile" Tomo sobre "L'Illecito" Giuffré Ed. 2004). Sobre el tema: BORDOLI ("En torno a algunas hipótesis concretas de lesión de derecho de crédito por parte de un tercero" Rev. Jur. Regional Norte No. 3, 2007 p. 23).

⁴ APARICIO ("Responsabilidad del tercero por lesión al derecho del crédito", Plus Ultra, 1974).

² CAFFERA "Elementos de una Teoría Normativa de la Obligación" RCDP 1, 2004.

³ FRANZONI ("Tratato de la responsabilidad

Un primer ejemplo es el del sujeto inducido a contratar mediante informaciones falsas (balances, certificaciones, etc) que no provienen de la contraparte. El daño reclamado no refiere a la interferencia con una obligación preexistente, sino a una incidencia perjudicial consistente en provocar el otorgamiento de un contrato (nacimiento de obligaciones). Se opera en la fase genética y la tutela aquiliana del crédito se especifica como *tutela genética extracontractual* del mismo. También hay incidencia dañosa en dicha fase en la inducción de un tercero a **no** otorgar un contrato ventajoso. Es decir, la actividad dañosa del tercero, **repercutiendo sobre la fuente de la obligación** admite una variante positiva (inducir a contratar) y una negativa (inducir a no contratar).⁵

Otro ejemplo se presenta en la inducción al incumplimiento, donde entramos en la fase de *tutela aquiliana dinámica*. Así en el *affaire* Peñarol (tratado por GAMARRA) un tercero induce a los deudores (futbolistas) al incumplimiento de un contrato.⁶ En este mismo territorio aparece la figura de la afectación de la solvencia del deudor que resulta en la inviabilidad de cumplimiento de éste (tema tan debatido después de la crisis bancaria de 2002 con respecto a la responsabilidad de los controlantes de entidades liquidadas).⁷ La normativa italiana de 2003 (CC italiano Art. 2497) sobre dirección y coordinación de sociedades, aporta un ejemplo de norma centrada en la respuesta a esta última situación.⁸ En estos casos la incidencia

dañosa repercute en la **vida de la obligación** impidiendo que complete su ciclo normal.

Finalmente, el *leading case* Meroni presenta la situación de una obligación *intuitu personae*: estrella del fútbol ligada contractualmente con un club que fallece a causa de atropellamiento. El Club reclama el daño derivado de la pérdida del concurso del futbolista. Lo que se alega es la incidencia dañosa de un tercero que **se concreta respecto de la fase de extinción de la obligación** que, siendo personalísima, no admite transmisión hereditaria.

En esta rápida mirada se advierte la ordenación de la interferencia dañosa de terceros en obligaciones ajenas, en las tres fases de la Teoría de la Obligación: (a) *nacimiento (fase genética)* y (b) *vida y extinción (fase dinámica)*.

Este método nos parece más racional pues toma como centro lo afectado (el crédito) siguiéndolo en su propia estructura interna, para desde allí sistematizar el análisis de los daños, en vez de meramente agrupar casos similares. Se trata de una estrategia para abrir las ideas hacia una teorización general más fructífera que acompañe esta segunda revolución de la responsabilidad civil en el contexto de la economía de servicios.

4. EL TEMOR A LA "CATARATA DE DEMANDAS"

Por último, tras la tutela aquiliana del crédito siempre están latentes los temores de política jurídica: (a) a la proliferación excesiva de hipótesis de responsabilidad y (b) al agravamiento de la posición jurídica de los operadores económicos. Basta pensar la infinidad de relaciones obligacionales en que las personas suelen estar involucradas para advertir que, esta vertiente de la responsabilidad, ambienta una eventual "*catarata de demandas*"⁹ que pueden llevar a "*aplastar al autor del acto*

⁵ FRANZONI "Tratato de la responsabilidad Civile" Tomo sobre "L'Illecito" Giuffrè Ed. 2004, Milano, p. 906; BIANCA, "Diritto Civile" Tomo 5, Milán 2000, p. 591.

⁶ GAMARRA J. L. y GAMARRA J., "Responsabilidad Extracontractual", FCU, 2007, p. 95 y ss.

⁷ CAFFERA -MANTERO "El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los Directores ..." cit. p. 123 y ss.; MANTERO-CHALAR, "Conjunto económico: ¿responsabilidad civil de la Sociedad Matriz?", ADCU XXXV p. 753 y "Otra vez sobre la responsabilidad civil en el conjunto económico, análisis de una sentencia relevante", ADCU XXXVI, p. 755

⁸ GALGANO "Grupo de Sociedades (Dirección y Coordinación de Sociedades)" Ed. La Ley Bs.As. 2007

⁹ CALVO COSTA, "Daño Resarcible", Hammurabi, 2005, p. 300.

ilícito bajo el peso de consecuencias excesivas."¹⁰ Esto lleva a "buscar atemperar o poner límites a la responsabilidad del tercero que causa lesión del crédito"¹¹.

El temor a la catarata de demandas es, en realidad, el centro de la tesis negativa. Todos lo demás no es sino una forma, más o menos velada, de poner un dique desde el plano teórico a una expansión práctica, que es lo que *en verdad* se teme. Sin embargo, lo que se debería tratar, es de conciliar la corrección teórica de la admisión de esta figura, con un análisis empírico que provea las limitantes adecuadas.

Por otra parte, como dato de hecho, es importante destacar que casi dos décadas después de *leading case* Meroni, BUSNELLI constataba en Italia que no se había verificado la tan temida proliferación de pretensiones resarcitorias pronosticada en su país. El punto teórico de apoyo desde el cual en Italia la temida "catarata" se contuvo fue, el criterio de valoración del daño como pauta firmemente seguida por la Corte de Casación Italiana.¹²

El mismo intento (de plausibilidad, digamos) se canaliza, en este concreto trabajo, a partir del análisis de algunas sentencias uruguayas recientes. En las mismas, los *verdaderos* límites aparecen en primer plano, sin necesidad de forzar la teoría de la responsabilidad extracontractual sino ubicándolos plásticamente en sus propios elementos: culpa, nexo causal, licitud y daño.

¹⁰ BUSNELLI, "La lezione del crédito da parte di terzi", cit. p. 156.

¹¹ GAMARRA, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", T. XIX, FCU, 1991, p. 294. ALPA-BESSONE - ZENO-ZENCOVICH (en Trattato di Diritto Privato de Pietro RESCIGNO T. VI -UTET - 2ª Ed. p. 207) señalan que la tutela aquiliana del crédito impediría un completo resarcimiento de otros "*damnificados directos*", principalmente los acreedores alimentarios. Al respecto debe marcarse una posible falacia. Es que, al hablarse de damnificados "directos" por oposición implícita a los reclamantes en base a tutela aquiliana del crédito, se está partiendo de una base errada. Si esa fuera la línea de demarcación, los segundos no serían acreedores de resarcimiento

5. JURISPRUDENCIA URUGUAYA A ANALIZAR

Resulta de interés analizar cuatro casos recientes en los que nuestros jueces abordaron la cuestión de la tutela aquiliana del crédito, afirmando en todos ellos su admisibilidad teórica, aun cuando, en dos de los mismos rechazando su aplicación al caso concreto.

5.1 El caso de la tarjeta de crédito

En este caso¹³, una escribana pública certifica falsamente la situación patrimonial de una persona y, como consecuencia de ello, se concede una tarjeta de crédito resultando luego incumplido el pago de los saldos, no encontrando el acreedor bienes sobre los cuales cobrarse (contra lo que había sostenido en el certificado de marras). Incluso antes de iniciarse ejecución por el acreedor la profesional actuante había ratificado la certificación realizada ante inquietudes del acreedor. Se trata de una hipótesis de tutela aquiliana del crédito en fase genética. Sin embargo, la sentencia cita a SAVATIER cuando señala que "*los terceros que participan concientemente en la violación de una obligación del deudor incurrir en responsabilidad...*". La cita es inadecuada porque el caso no se relaciona con un actuar que repercuta sobre la dinámica de una obligación ya existente, sino de un caso de responsabilidad en fase genética de la obligación. Los factores de la responsabilidad nacen en ese momento y el incumplimiento de la obligación es sólo el fenómeno que termina por determinar el daño. En cambio, es correcta la convocatoria en la sentencia de MAZEAUD-TUNC pues allí se vincula la situación con el dolo de tercero, que es el clásico modelo de responsabilidad por in-

¹² BUSNELLI Francesco, "La tutela aquiliana del crédito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio", en Rivista Critica del Diritto Privato. Año V. Napoli, 1987, p. 274.

¹³ ADCU, tomo XXVIII, c. 739.

terferencia dañosa de un tercero en la fase genética¹⁴.

El primer aspecto interesante de esta sentencia es que la misma, aunque implícitamente, se centra en la idea de **nexo causal**: “*la actuación de la Escribana C en el periodo precontractual fue decisiva para el otorgamiento de las tarjetas de crédito*”. Lo que se reitera luego al afirmarse que la participación de la Escribana re-asegurando la solvencia “*fue determinante para mantener la vigencia de dichas tarjetas*”. El concepto en juego es el de causalidad adecuada, según el cual un hecho se reputa como causa de otro cuando “*al momento en que el mismo se produce se podría normalmente, por referencia a los datos de la ciencia, prever la superveniencia del daño... de acuerdo con el curso ordinario de las cosas y de la experiencia de la vida*.”¹⁵. Es la condición de Escribana Pública lo que incide causalmente, pues una afirmación de cualquier otro sujeto no hubiera sido causalmente adecuada para provocar el evento dañoso que, luego, se despliega como daño al no poderse hacer efectivos los concretos créditos concedidos en función del contrato. Es decir, “*de acuerdo con el curso ordinario de las cosas*” una afirmación de solvencia proveniente de cualquier tercero sin aval de Escribano no hubiera sido “*decisiva*” ni “*determinante*” para el otorgamiento de la tarjeta de crédito. Se percibe aquí uno de los límites naturales de la tutela aquiliana del crédito (en su dimensión de tutela en fase genética). Lo implícitamente afirmado es que no cualquier intervención de un tercero revestirá la entidad necesaria para estar ligada causalmente con el evento dañoso.

En el plano de la **ilicitud** la certificación notarial se separa claramente de la

mera “*información amigable*”¹⁶. No se trata de una sugerencia realizada fuera de todo deber jurídico de brindar información exacta, sino que, la información se emite bajo una obligación legal de certificar en forma veraz. Como dice la sentencia “*se trata de una depositaria de la fe pública*”. En ese sentido, la información del certificado representa un caso de “*información-servicio*”¹⁷ que, de acuerdo con la doctrina, genera responsabilidad por ser el cumplimiento de un deber. Todavía más, y yendo contra el propio fundamento de la sentencia, cabría agregar que si la certificación estuviera dirigida específicamente a un *destinatario concreto* (lo usual en términos notariales), toda la construcción podría descentrarse y pasar llanamente al carril de la responsabilidad contractual: podría entenderse que entre cliente y Escribano se pacta una estipulación para otro¹⁸ (Art. 1256 CCU) por la cual el Escribano asume frente a la emisora (tercero beneficiario) la obligación de brindar información exacta. Por tanto, si existe directamente una obligación del Escribano frente a la emisora, hay responsabilidad contractual. Sin embargo, la generalización de esta última variante (estipulación para otro) que se ha ofrecido como posibilidad de análisis de estas situaciones de información,¹⁹ no es admisible. Contra esa tesis generalizadora puede alegarse que, cuando el tercero destinatario de la información permanece indeterminado (p.ej. público en general o

nessuno tra contrato e fatto illecito: la responsabilità da informazione inesatte”, en “Contrato e Empresa”, 1991. p. 539 y ss, cit. por Franzoni, op.cit., p. 901, nota 115.

¹⁷ BUSNELLI op. cit. loc.cit.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO et al. “Derecho de Obligaciones” T. II V. 1, Madrid 2007, p. 520 a 523.

¹⁹ VENTURINI -SZAFIR, “Responsabilidad Profesional de los Contadores Públicos”, ADCU XXVI, p. 517-518, quienes señalan que los análisis sobre la exactitud de los estados contable y situación financiera de una empresa muchas veces tiene como destinatarios a “bancos” e “inversores”. Si se trata de bancos o inversores concretamente identificados *a priori* sería admisible la tesis de las autoras, no así en caso de inversores indeterminados (ej. oferta pública).

¹⁴ GAMARRA “Tratado...”, T. XII, FCU, 1971 p. 165

¹⁵ VINEY y JOURDAIN, “Les Conditions de la Responsabilité”, en “Traité de Droit Civil” de GHESTIN J. LDGJ-París 1998, p. 161

¹⁶ BUSNELLI, “Itinerari europei nella terra di

“inversores” no identificados) no podría configurarse una estipulación para otro, dado que falta la característica esencial de la obligación (a favor del tercero) que es la determinación de sus sujetos.

En cuanto a la **culpa**, la sentencia la destaca cuando imputa a la Escribana actuante “error” y “omisión”, siendo interesante el *standard* de prueba que insinúa. En uno de sus giros alude a la “severidad” con que “debe juzgarse” a la demandada, cerrando fuertemente las posibilidades de prueba de la ausencia de culpa: “nada justifica su omisión al expedir las constancias... sin constataciones incurriendo en errores”. No se trata de responsabilidad objetiva sino de la postulación de una pauta de juicio de hecho referente al elemento culpa que es elevada a un rango particularmente exigente. Visto por su reverso esto marca un punto de especial interés: la exigencia de culpa se mantiene en pie pero se postula para *este tipo de casos* la necesidad de **contextualizar** la culpa *in abstracto*.²⁰

Respecto del **daño** cabe anotar que el mismo no podrá en ningún caso superar el valor (de remate) de los bienes certificados, pues ese es el único daño conectado causalmente y en forma directa (Art. 1323 CCU) con el accionar de la demandada.

5.2 El caso de la licitación pública y el adjudicatario insolvente

La segunda sentencia es otro caso de tutela en fase genética del crédito.²¹

Un grupo de subcontratistas y proveedores de un contratante principal demandan al Estado por negligencia en la selección de dicho contratante como adjudicatario de una licitación. Alegaron dichos

actores que el Estado había incurrido en culpa al seleccionar a esa empresa insolvente. Señaló la demanda que se trataba de “una empresa totalmente desfinanciada, cuyo titular había fallecido al momento de la licitación y sus sucesores carecían de experiencia en el ramo además de carecer de equipos adecuados para la obra siendo una de las causas por las que no pudo terminarlas, abandonándola con incumplimiento frente al Estado y a aquellos que proporcionaron trabajo y combustible”. Agregaron los actores que ellos habían celebrado los subcontratos bajo la confianza en la solvencia de su contratante generada en ellos por “el carácter de gananciosa en la licitación (lo que) les significaba una carta de garantía”.

El Tribunal rechaza la pretensión por razones enteramente compartibles a nuestro juicio, aunque con alguna adaptación.

En primer lugar, es exacta la Sentencia al señalar que “no existiría nexo causal entre la pretendida negligencia y el incumplimiento de la empresa de obligaciones asumidas frente a terceros”. La cuestión se desplaza hacia el hecho de la víctima visto como interruptor del nexo causal. A ello aludiría la sentencia cuando señala que los subcontratistas se vincularon con la adjudicataria “en ejercicio de la autonomía que el Derecho les reconoce a su favor-y también a su riesgo-“. La idea es que nadie puede demandar daños que han sido causados por sus propios actos. La alusión a la autonomía privada es sobreabundante dado que, tratándose de contratos, necesariamente estaba en escena. Si se siguiera esa línea de pensamiento hasta sus últimas consecuencias directamente la tutela del crédito en fase genética no podría existir. En cambio, es absolutamente acertada cuando relaciona el punto con la idea del *riesgo* asumido por los demandados. Que su propio hecho (falta de control de la solvencia de la contraparte) venga acompañado de un no-control similar del Estado, no marca ningún nexo de causalidad, sino la mera co-existencia de dos torpezas, pero nunca una ligazón de causa-efecto

²⁰ GAMARRA, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, Tomo XIX, cit., p. 128; CAFFERA, “Sujeto, Responsabilidad y Contrato...”, ADCU tomo XXXV, págs. 618 y 619; CAFFERA-MANTERO, op.cit. págs. 148-149.

²¹ Extracto publicado en ADCU XXXI c.783 p. 370, aunque aquí se analizará la sentencia completa.

entre las mismas. Por tanto, cada patrimonio soportará ese problema, lo que como dice el Tribunal, deriva del "*principio de autoresponsabilidad que se emparenta, en las cargas consiguientes, con la doctrina de los actos propios*". Es el concepto de **nexo causal** el que opera como límite natural a la expansión de la tutela aquiliana del crédito. De seguirse el razonamiento de los actores, cualquier celebración de un contrato (al menos por sujetos especialmente estimados socialmente en cuanto a su prudencia) generaría para estos últimos la insoportable carga de responder ante todos quienes, siguiendo su senda, contrataron con la misma persona. Esto sólo sería plausible si se admitiera la teoría de la equivalencia de las condiciones²², que no es la adoptada en nuestro Derecho. Eran los sub-contratistas que debían cerciorarse de la solvencia de su contratante y no confiar en la adjudicación como "*carta de garantía*".

Incluso si no se tuviera en cuenta el hecho de la víctima, creemos que tampoco habría nexo causal porque no habría causalidad adecuada: el daño imputado a la celebración por el Estado del contrato principal no está dentro de sus consecuencias habituales ("*regularidad*" dice el Tribunal).

Un punto especialmente candente es el de la **ilicitud**. En materia de tutela aquiliana del crédito dos grandes tesis pueden debatir. Se debe responder si (a) la propia lesión del derecho de crédito constituye por sí misma la ilicitud que reclama el Art. 1319 CCU, o bien (b) si se requiere que exista violación de un deber genérico independiente, mientras que la lesión del crédito representaría únicamente el Daño.²³ En algunos casos paradigmáticos no se presentan problemas pues sería posible postular que la ilicitud se ubica por

un lado y el daño (lesión del crédito) por otro. Por ejemplo, en el *leading case* Meroni ambos elementos son distinguibles: por un lado la lesión de un deber genérico contracara del derecho a la vida y, por otro, la lesión del crédito (extinción del mismo para el Club Torino). La pregunta cobra importancia cuando no es posible hallar una ilicitud distinta de la mera lesión del crédito. Es decir: ¿qué ocurre si se postula la autonomía de los hechos ilícitos? Vale decir, si se argumenta que una cosa es la ilicitud por muerte de una persona y otra la ilicitud por muerte de la misma persona pero **en cuanto sujeto deudor de la prestación**? Este punto es relevado por GAMARRA cuando refiere que "*el centro de la cuestión se desplaza, entonces, al plano de la ilicitud. Desde este ángulo, y según la doctrina dominante que asume el enfoque de Carnelutti, exigiendo la precisa individualización de un deber violado, se dice que no existe un deber respecto de terceros en la relación obligacional, puesto que el único deber lo tiene el deudor y que éste es también el único sujeto que puede violar el derecho de crédito (con el incumplimiento)*".²⁴

Sin embargo, entendemos que, aún sin salir de la tesis imperativista (i.e. la ilicitud entendida como violación de deber genérico), la lesión del crédito no debe leerse sólo como una referencia al daño sino también como abarcativa del concepto de violación de un especial deber genérico diferente de la obligación (contracara del crédito). Ese deber genérico es el que grava a todos los sujetos imponiéndoles no interferir o agredir los derechos de crédito ajenos. La lesión del crédito configuraría, a nuestro juicio, el propio elemento ilicitud.

En cambio, la posición del Tribunal, aún sin pronunciarse explícitamente sobre este debate teórico, adopta la visión según la cual la ilicitud no está configurada por la violación del deber genérico de respetar los derechos de crédito ajenos cuya existencia

²² VINEY-JOURDAN, op.cit. p. 160; BIANCA "Diritto Civile" Tomo 5. Giuffrè. Milán 1997. p. 128.

²³ Como señala GAMARRA, nadie discute que la lesión del derecho de crédito constituye un daño: "*no cabe duda que el acreedor es damnificado de iure*" (Tratado, tomo XIX, cit. p. 295).

²⁴ Tratado, Tomo XIX pág 296.

es implícitamente rechazada por la sentencia. En efecto, el Tribunal señala que en el caso comentado no habría ilicitud por no existir "inobservancia de deberes de información" (a sub-contratistas, se entiende) que "no aparecen impuestos por norma alguna ni por el interés general". Todavía podría reforzarse este argumento pensando que además de no existir un deber de informar, la Ley sólo hace responsable a quien aconseja de mala fe a otro (por inferencia del Art 2060 CC). En este caso el Estado, además de no tener un deber de infirmar, tampoco estaba dando un "consejo" para contratar con el adjudicatario sino que velaba por su propio interés. Su mayor o menor acierto en la elección del adjudicatario no le es reprochable por terceros a quienes no quiso aconsejar.

De todos modos, es claro que según el Tribunal se requiere que la ilicitud se configure como violación de un deber distinto del deber de respetar el crédito ajeno. Por tanto, la lesión de éste sólo constituiría el Daño.

Es una toma de posición implícita en un debate de mayor aliento al cual nos referimos más atrás. Tal tesis no coincide con la posición de GAMARRA ni con la nuestra (aunque por razones distintas).²⁵

5.3 El caso de los hijos que adquieren a nombre propio un bien para el padre (deudor) con dinero de éste

5.3.1 El caso visto desde la tutela aquiliana del crédito

El tercer caso a estudiar es el de una sentencia del TAC 4º del año 2003²⁶. El supuesto pertenece a la tutela aquiliana del crédito en fase dinámica, pues se trata

de una obligación ya existente. El deudor contaba con fondos que no fueron detectados por los acreedores para ejercer su acción de responsabilidad, y queriendo adquirir un inmueble manteniendo la ocultación de los mismos decide adquirir el inmueble a través de sus hijos, pero sin que el tercero enajenante esté en conocimiento de que el verdadero destinatario del bien era el padre.

Los acreedores no podían ir por la vía de la acción simulatoria (simulación relativa subjetiva), dado que el tercero enajenante no participó en el acuerdo simulatorio trilateral. Si se hubiera perfeccionado la simulación los acreedores habrían podido agredir directamente el bien como parte del patrimonio del deudor (padre), pero este camino estaba cerrado.

Estas situaciones no poco usuales, chocan contra la inexistencia o indemostrabilidad del acuerdo simulatorio y pueden crear un resultado injusto. Esta sentencia logra sortear el problema a través de la tutela aquiliana del crédito, sin perjuicio de que el mismo puede verse desde otra óptica complementaria.

La sentencia, como las demás comentadas, acepta la aplicación de los "principios de la responsabilidad aquiliana al supuesto de lesión del derecho de crédito por parte de terceros en conducta de cooperación al incumplimiento". Debe hacerse la salvedad que la incidencia dañosa no se verifica propiamente mediante cooperación al incumplimiento sino a través del impedimento a la actuación eficaz de los remedios de la responsabilidad. No se interfiere para producir el incumplimiento (cuestión que podría llegar a ser neutra si el deudor tiene bienes) sino para, una vez constituido el incumplimiento, impedir la ejecución forzada. Se trata de tutela en fase dinámica en la etapa patológica de la vida de la obligación.

Para teorizar de forma general, los casos de daño al crédito ya existente se resumen a dos especies, la primera de las cuales se subdivide en dos:

(a) Casos de responsabilidad del tercero

²⁵ La posición de GAMARRA parte de una visión *valorativista* de la ilicitud concebida como *invasión a la esfera jurídica ajena*. Siendo el crédito parte de la esfera jurídica de la víctima su mera lesión alcanza para configurar ilicitud ("Tratado ...", Tomo XIX 2ª, FCU 2000, p. 163 y ss).

²⁶ TAC 4º, LJU, Caso 14802.

que se verifican cuando **la obligación subsiste**, los que, a su vez, presentan dos sub-especies:

- i. Las hipótesis en que permanece vigente el crédito y se mantiene en pie (pero **sólo teóricamente**) la posibilidad de ejecución forzada, pero por intervención del tercero la misma es materialmente impracticable (p.ej. el deudor se torna insolvente por actos imputables al ofensor: a este caso pertenece el supuesto de la sentencia), y
 - ii. Las hipótesis en que, aun si *a priori* y sin intervención del tercero, fuera impracticable la ejecución forzada —ej: obligación de hacer de un deudor originalmente insolvente— pero donde se prueba que el deudor estaba en disposición de cumplir y que **sólo y únicamente** por la intervención del tercero no lo hace (ej: *affaire Peñarol*) y
- (b) Casos en que la conducta del tercero provoca la **extinción de la obligación** sin que nazca ninguna obligación que la sustituya en su función. Este es el caso típico de la muerte del deudor de una obligación *intuitu personae* (v.g. Meroni). La obligación se extingue por imposibilidad de la paga manteniéndose vigente la obligación de pagar la contraprestación. No es en cambio el caso en que se da muerte al deudor alimentante si su obligación pasa a otro familiar.

En esa matriz el caso a estudio se encuentra en la hipótesis identificada como "a (i)". Como señala la sentencia, los hijos "*compran con dinero suministrado por el padre, con finalidad de fraude, y persigue un único fin: contribuir a la insolvencia del (deudor) haciendo ineficaz la garantía común del Art. 2372 C.Civil*".

Lo especialmente interesante es que se ingresa en la debatida figura de la responsabilidad del tercero por causación de insolvencia del deudor. Esa hipótesis es avalada por el Tribunal al señalar que el daño ocurre "*al contribuir (los hijos) a la*

insolvencia del (deudor)". Este daño típico había sido expresamente recogido ya desde 1967 en las 3as. Jornadas de Derecho Civil Argentino cuando se señaló que "*si la falta de cumplimiento fuere por insolvencia del deudor, el acreedor.... tendrá acción contra el tercero cuando el hecho ilícito de éste hubiera determinado la insolvencia*".²⁷ En el mismo sentido se pronunciaron los autores al considerar el caso del Director de una S.A. cuando la ausencia de bienes ejecutables de la sociedad deudora es producida por una conducta ilícita del mismo.²⁸ Otro caso similar se presenta en las hipótesis de responsabilidad de la controlante por insolvencia de la sociedad controlada.²⁹

En cuanto al **daño**, la sentencia señala que "*para el caso no es otro que la evasión del patrimonio del deudor del precio integrado para la compra del inmueble a la época de la negociación*". Por tanto, la responsabilidad de los hijos no alcanza a todo el crédito lesionado sino sólo a lo afectado directamente por ellos (Art. 1323 CC).

En materia de **ilicitud** un aspecto que marca las oscilaciones de nuestra jurisprudencia, está dado porque el hecho ilícito se ubica concretamente en la lesión del crédito ajeno (a diferencia del caso anterior). Así la sentencia indica que se está "*violando la tutela externa del crédito*" lo que constituye "*violación de un deber general*".

Sobre la **culpabilidad** la sentencia entiende que hay dolo: hubo "*violación de un deber general con intención ajustada al resultado perseguido*".

5.3.2 Una solución alternativa para el mismo caso.

Existe a nuestro juicio otra posible vía de protección de los acreedores en casos similares (que chocan contra el requisito de la prueba del acuerdo simulatorio trilateral).

²⁷ CALVO COSTA op.cit. p. 295

²⁸ CAFFERA-MANTERO op.cit. p. 140

²⁹ MANTERO-CHALAR op.cit. 764-765

Parece poco razonable que, cuando se prueba que un bien se pone en cabeza de otro sólo con fines defraudatorios de los acreedores, no se pueda ir contra el mismo bien sino es demostrando la simulación que, como vimos, no funciona en este caso.

La vía de la tutela aquiliana del crédito es un buen remedio ante tal situación.

Lo que resulta paradójico es que en los casos de interposición de personas jurídicas (sociedades comerciales) se pueda "levantar el velo" de las mismas e imputar el bien a su titular material (Art. 189 y ss Ley 16060) y que incluso lo mismo se pueda hacer respecto de los fiduciarios (sean éstos, personas físicas o jurídicas -Art. 7 Ley 17703-)³⁰, mientras que tal posibilidad no se postula para los casos similares como el que nos ocupa.

Esa discriminación de supuestos parece arbitraria³¹ e implica más de un problema en la práctica eficaz de las acciones de responsabilidad civil. Más injusta aún parece la discriminación cuando se percibe que, incluso antes de ser legislada la figura del *disregard*, la misma se aplicaba basada en la idea de abuso de derecho o fraude a la ley³² y que, por tanto, teniendo ese sustento genérico, mal se explica que no pueda extenderse un instrumento similar a todas aquellas situaciones en que personas físicas actúan encubriendo al propietario sustancial.

Podría llegar a sostenerse la extensión por analogía de la citada norma de la Ley 17703 e imputar el bien al deudor dado que en esta hipótesis los hijos actuaron como fiduciarios del mismo (en el sentido clásico del término -*fiducia cum amicus*-) y que, aun no perfeccionándose un fideicomiso por

escrito (Art. 2 Ley 17703), la regulación del Fideicomiso es la fuente análoga a la que recurrir para regular una situación de tal especie imputando el bien al patrimonio del deudor.

Esta solución, que merece mayor análisis, puede extenderse a otros casos similares.

5.4 El caso de la modelo

Un caso de 2008 de primera instancia³³ plantea la situación de una modelo contratada por una agencia con cláusula de exclusividad vigente que, según la demanda, es inducida a violar dicha cláusula por parte de otra agencia de modelos que la contrata.

La sentencia implícitamente acepta la tutela del crédito (en fase dinámica normal, pues lo afectado es la tendencia al cumplimiento) pero rechaza la demanda entendiéndolo que no se había probado que la segunda agencia tuviera conocimiento del contrato preexistente, poniendo énfasis en el factor *dolo*. La Sede parece apelar a la concepción más restrictiva³⁴ según la cual esta responsabilidad sólo podría existir en caso de dolo.

Hay en ello un equívoco sustancial. La limitación de la tutela aquiliana del crédito a los casos de dolo, propugnada por BETTI y aceptada por la doctrina alemana en base al Art 826 del BGB, tiene como sustento únicamente esa norma. El citado artículo del BGB establece la obligatoriedad de reparar (sin más análisis) los daños ocasionados con dolo. Esta puerta abierta en Alemania (contra la sostenida tipicidad de la responsabilidad extracontractual en dicho Derecho) sólo se justifica en el mismo, pero no tiene sentido en nuestro Sistema ni en el italiano donde la atipicidad del ilícito civil es admitida.³⁵

³⁰ CAFFERA "El contrato de fideicomiso" Mtdeo, 2003 p. 54-56.

³¹ Arbitrariedad que desde una visión constitucionalista podría juzgarse violatoria del principio de igualdad, aun cuando siempre tal principio resulta problemático en el sentido del poder que brinda para solucionar una *arbitrariedad* abriendo la puerta a otra: la del intérprete.

³² OLIVERA, R. y OLIVERA, J. M. "El disregrad of legal entity...", A.D.Com, T. X p. 359.

³³ Juzgado Civil 1er. T. Sent. N° 12 de 27/3/08.

³⁴ Ver: DE LORENZO, "La protección extracontractual del contrato", La Ley, S. Doc., T. 1998 p. 929-930.

³⁵ BUSNELLI "La lesione ..." cit, p. 140.

En cambio, nuestra doctrina afirma que el ofensor responde no sólo en caso de dolo sino también de culpa. GAMARRA analizando un caso similar sostiene que *"al quedar regida por el art. 1319, la figura admite, tanto el dolo como la culpa (...). Por consiguiente el tercero, que conocía (mala fe), o debía conocer (culpa), el derecho de crédito que se viola, incurre en responsabilidad,"*³⁶ aunque informa que *"(l)os tribunales franceses presumen el conocimiento de ciertas relaciones que son de notoriedad en ciertos ambientes comerciales"*.³⁷

En su obra posterior³⁸ GAMARRA relewa una sentencia de la Corte de Casación Italiana (14/7/1987) que admite la responsabilidad en modalidad dolosa o culposa: *"el comportamiento doloso o culposo con el cual un tercero logra obtener la prestación del deudor, sustrayéndosela al acreedor configura un ilícito aquiliano..."*.

Se debe destacar la relevancia de esta forma de culpa citada por GAMARRA. Es decir, la culpa como *culpable ignorancia* del crédito ajeno de la cual hace caudal la sentencia comentada, aunque atándola (incorrectamente) sólo al dolo.

Es de destacar la importancia de la ignorancia **inculpable** del crédito objetivamente lesionado como uno de los fundamentales límites generales de la tutela aquiliana del crédito, que puede sustentarse en nuestro CC en el Art. 1554 y conforma una de las fronteras (no forzada sino

bien fundada) frente al tan manido temor a la *"catarata de demandas"*.

6. CONCLUSIONES

Luego de este breve repaso aparece claramente visible la asentada aceptación por nuestra jurisprudencia de la figura de la tutela aquiliana del crédito.

Empero, se perciben algunas fisuras. Los puntos críticos siguen siendo el de la ubicación de la ilicitud (i.e. si basta la lesión externa del crédito o no), el del factor de atribución subjetivo (donde sólo un caso aislado sigue requiriendo el dolo y la ignorancia culpable merece más atención) y en cuanto al daño, donde la figura de la lesión a la solvencia del deudor parece comenzar a afirmarse.

Más allá de esos ajustes de sintonía menor, la estructura de una teoría general de la tutela aquiliana del crédito parece instalada, aunque todavía resta el empuje para culminar una sistematización teórica que debería realizarse sobre los ejes genético y dinámico de la relación obligacional.

Lo que nuestra doctrina y jurisprudencia están mostrando, en una lectura global, es el impulso hacia la creación de un nuevo centro de la responsabilidad extracontractual solventando la repercusión jurídica que el pasaje a una economía de servicios implica.

³⁶ GAMARRA, "Tratado..." cit., t. XIX, p. 307.

³⁷ GAMARRA, "Tratado..." cit., t. XIX, p. 308, nota 4.

³⁸ "Responsabilidad Extracontractual", FCU, Montevideo, 2007, p. 97.