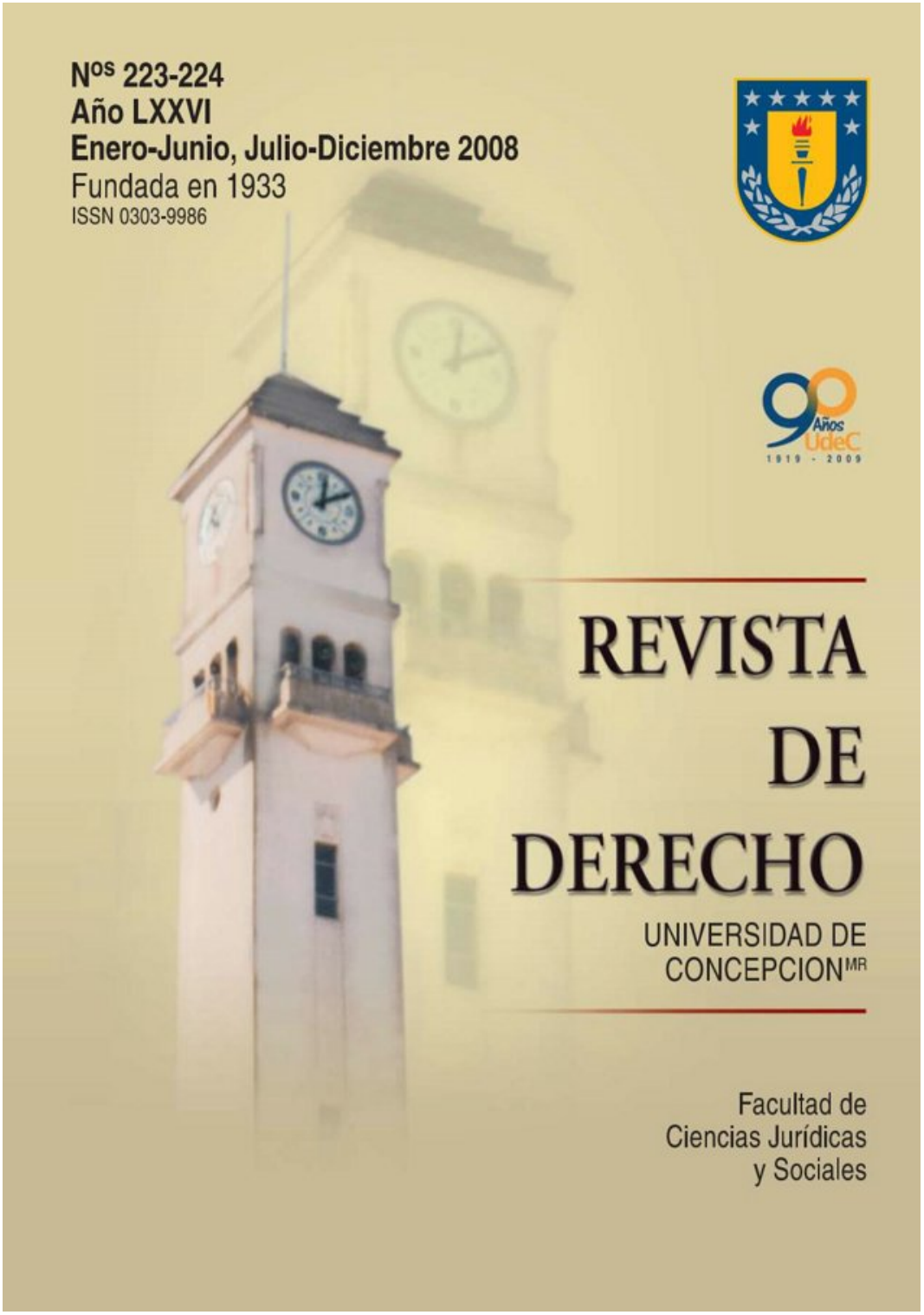
Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 223-224 (1-2): 45-67, 2008 ISSN 0303-9986

TUTELA AQUILIANA DEL DERECHO DE CREDITO: UN BREVE ANALISIS TEORICO A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA ACTUAL

GERARDO CAFFERA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de la República
Uruguay

ELIAS MANTERO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de la República
Uruguay

1. UN NUEVO CENTRO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL TRAS SU ADAPTACION A LA ECONOMIA 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.

Consecuentemente, la tutela de los acreedores no se puede contentar ya con el limitado alcance de protección interna de la teoría clásica. La responsabilidad extracontractual, como protección externa del vínculo obligacional, era esperable que comenzara a ser cada vez más intensamente convocada. Pero éste no es sólo un salto cuantitativo. Merece en realidad, para hacerle justicia, un esfuerzo de reflexión más profundo.

Seamos claros, después de los debates instalados por el tema del riesgo y la movida hacia la responsabilidad objetiva, la doctrina y jurisprudencia uruguayas están haciendo hoy una segunda revolución paralela. Por ahora, ella corre bajo cierto silencio y no concita toda la atención que merece. Este trabajo intenta recorrer las líneas de una batalla, tremendamente trascendente aunque sin estridencias, que está en pleno curso bajo nuestro ojos, pero sin haber captado

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

todavía la mirada de todos los actores.

La tutela aquiliana del crédito está destinada a constituirse, contra todas las expectativas de los clásicos, en un eje central de la nueva responsabilidad extracontractual, rompiendo los moldes estrechos de la concepción histórica, herméticamente clausurada sobre la lesión de los derechos absolutos.

Este cambio de la sociedad, que ya el gran pionero en esta área, Francesco Busnelli, había notado a principios de la década del 60[1], hoy se hace cada vez más notorio y amerita un giro radical en los focos de atención. En un futuro no muy lejano los ejemplos paradigmáticos de la responsabilidad extracontractual pueden dejar de ser los de vulneración de los derechos absolutos y pasar a radicarse con igual fuerza en la lesión de los derechos relativos (créditos).

La concepción clásica es propia de una economía estática y de producción mediante unidades aisladas. Esa visión debe dejar paso a una extracontractualidad vinculada a un paradigma donde la interacción acelerada de los operadores económicos quita de foco la propiedad de los bienes de capital, para obligarnos a descentrar nuestra mirada y apuntar hacia el daño a las relaciones obligacionales como nuevo epicentro.

2. EL REGRESO DE LA IMPUTACION SUBJETIVA AL CENTRO DE LA ESCENA

Otro dato clave a remarcar. Mientras la primera revolución de la responsabilidad civil estuvo centrada en el riesgo y en la figura de pensamiento representada por la objetivación[2], este segundo giro, igualmente esencial, se apoya en el retorno hacia los cauces de un subjetivismo renovado[3]. La insistencia de la

[1] Busnelli, Francesco (***La lesione del credito da parte di terzi.*** Ed. Giuffre. Milano. Italia. 1964, Prefacio pág. V) menciona justamente 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" (traducción nuestra).

[2] Habermas, Jürgen (***Textos y Contextos***. Ed. Ariel, Barcelona, 1ª Reimpresión 2001, pág. 69) señala que "Ulrich Beck ha hecho un impresionante análisis de (los)… riesgos generados por la conjunción de ciencia y técnica externalizados por el sistema económico y que el sistema político trata como puede de minimizar e incluso presentar como inofensivos". Es precisamente en esa operación que cumple su rol central la figura de la objetivación de la responsabilidad preconizada por varios autores en el derecho civil.

[3] Domínguez, Carmen ("Naturaleza y Fundamento de la Responsabilidad Civil del Profesional liberal" en Revista ***Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*** Nº 1, agosto 2006, pág. 121), destaca que el fundamento de la responsabilidad civil en Chile sigue siendo la culpa, aunque señala que la función de la responsabilidad "ha sufrido cierta transformación desde que se le ha configurado, en el tiempo, con un acento fundamentalmente reparador".

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

doctrina y la jurisprudencia en la necesidad de culpa y muchas veces, aún más, en la necesidad de intencionalidad para adjudicar responsabilidad aquiliana por lesión de crédito ajeno, se justifica por las peculiares características de los supuestos que están en la mira.

Es llamativo que una norma central sobre este tema, como el art. 1554 del Código Civil, haya quedado en la sombra. En esa norma directamente se preconiza que el propio deudor, que desconoce inculpablemente su obligación, no es responsable si destruye la cosa debida. Nótese como, con cuanta más razón, es posible extraer de esa previsión concreta un criterio de imputación estrictamente subjetivo para los casos en que es un tercero quien lesiona el crédito ajeno. El art. 1554 de nuestro Código Civil es una portada ineludible que marca el acento subjetivista de esta segunda revolución de la responsabilidad civil[4].

3. EL IMPULSO SISTEMATIZADOR: TUTELA AQUILIANA GENETICA Y TUTELA AQUILIANA DINAMICA DEL CREDITO. HACIA EL FIN DEL CASUISMO

Un movimiento de esta envergadura requiere un nuevo diseño de la malla conceptual aplicada. El seguimiento ordenado de la anatomía de la obligación (precisamente aquello cuyo daño está en juego) provee, a nuestro juicio, la nueva estructura de este giro de la responsabilidad civil.

La teoría de la obligación visualiza el ciclo vital de la misma en una secuencia ordenada:

a. ella 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 de la obligación a través de la actuación de la conducta debida (prestación) o la satisfacción del acreedor (utilidad) según la teoría adoptada al respecto, y

ii. la ***dinámica anormal generada por incumplimiento de la obligación*** –acto ilícito–, que finaliza en la responsabilidad contractual patrimonial del deudor[5], finalizando por

c. la ***extinción*** de la obligación.

[4] Caffera, Gerardo y Mantero, Elías. "El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de Sociedades Anónimas frente a los acreedores sociales" en ***Responsabilidad de administradores y Socios de Sociedades Comerciales*** vv.aa. FCU Montevideo 2006, pág. 143.

[5] Por un enfoque de la teoría de la obligación desde el plano reduccionista con mayor extensión Caffera, Gerardo. "Elementos de una Teoría Normativa de la Obligación". ***RCDP*** Nº 1, año 2004.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Esta descomposición del ciclo de la obligación (que se ve reflejado en su teoría) es en realidad la base que debe servir para ordenar el análisis, en lugar de la agrupación casuística que reina actualmente, sobre todo en la doctrina extranjera.

Hasta ahora las investigaciones siguen 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 necesario es nuestra tercera apuesta.

El tríptico secuencial de la teoría de la obligación, recién expresado, se corresponde, por otra parte, con la regulación positiva en la primera parte del libro cuarto de nuestro Código Civil donde, precisamente, la materia obligacional se divide en tres primeros títulos: (1) fuentes de las obligaciones, (2) modalidades de las obligaciones y (3) extinción.

Las seudo-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 que haga justicia al cambio de paradigmas que está ocurriendo, en el entorno y al interior del derecho civil[6].

Así, la doctrina italiana[7] discrimina comúnmente entre la lesión al crédito que proviene de: a) la ***muerte o lesión del deudor*** que impide que la prestación se cumpla en daño al acreedor; b) la derivada de la ***destrucción*** o detrimento de un ***bien*** del deudor que se encontraba ***deducido en obligación*** respecto de un acreedor; y c) la ***inducción*** o complicidad del tercero en el incumplimiento de un contrato. Por su parte la doctrina argentina, siguiendo los pasos de la obra de Aparicio[8], distingue entre: a) lesión ***inmediata*** y b) ***mediata*** del derecho de crédito. Según este criterio, en la lesión inmediata el acreedor resulta ser la ***víctima directa de la lesión:*** así, se ubica en este supuesto el pago con efecto liberatorio hecho de

[6] Gaeta, R. y Gentile, N. (***Thomas Kuhn: de los paradigmas a la teoría evolucionista.*** Eudeba 6ª reimpresión 2006, pág. 17): todo esto se trata, en el fondo, del nivel de lo que Kuhn ha descrito respecto de las teorías científicas, como la aparición de "anomalías" o sea "el reconocimiento de que, en cierto modo, la naturaleza (en la especie, el Derecho Positivo) ha violado las expectativas creadas por el paradigma" y es justamente "el fracaso en la aplicación de las reglas del paradigma" lo que "conduce a una situación de crisis".

[7] Notoriamente Busnelli en su obra citada. Por su parte, Franzoni, Mássimo ("Tratato de la responsibilitá Civile". Tomo sobre "L'Illecito". Giuffré Ed. 2004, Milano) mantiene esa consideración casuística aunque mejorándola en algún aspecto, por ejemplo, al introducir la distinción entre daño a la libertad activa y negativa de contratar. En nuestra doctrina reciente, el muy valioso análisis de Carlos Bordoli ("En torno a algunas hipótesis concretas de lesión de derecho de crédito por parte de un tercero" ***Revista Jurídica de la Regional Norte*** Nº 3 año 2007, págs. 23 y ss) adopta el método clásico.

[8] Aparicio, Juan Manuel. ***Responsabilidad del tercero por lesión al derecho del crédito.*** Ed. 1974.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

buena fe al ***acreedor aparente*** que se encuentra en posesión del crédito (art. 1455 de nuestro Código Civil). Aquí el verdadero acreedor ve extinguido su crédito sin haber recibido la prestación, lo que da lugar a ***responsabilidad de quien recibió ilícitamente el pago,*** pero también se ubica en este supuesto la inducción al incumplimiento contractual. En el ***segundo caso,*** esto es, la lesión mediata del derecho de crédito, se ubican los supuestos en que el crédito viene lesionado por la afectación de la persona o los bienes del deudor objeto de la prestación. Como se advierte en la lesión mediata se cruzan las clasificaciones (o mejor, las acumulaciones de casos) argentina e italiana.

Desde el ***punto de vista doctrinario,*** en Uruguay la situación es mejor. Quien abordó la cuestión con carácter general y sistemáticamente, dándole a la figura un perfil propio y justificando su admisibilidad, fue el maestro Jorge Gamarra en el tomo XIX de su ***Tratado de Derecho Civil uruguayo,*** en 1981. Allí, por primera vez, el tema toma una ordenación teórica global vista desde el ángulo de la responsabilidad extracontractual y sus elementos. Nuestra propuesta adicional es ordenar el tema, también, desde la óptica del bien lesionado: el vínculo obligacional. Ese segundo nivel de consideración (a partir de la sede del daño) es, precisamente, el que ha sido enrarecido por la doctrina extranjera a partir de su impronta casuística.

4. SISTEMATIZACION EN BASE A LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DE LA OBLIGACION. TUTELA GENETICA Y DINAMICA EN UNA APROXIMACION RAPIDA A LOS CASOS PARADIGMATICOS

Una rápida mirada a algunos de los ejemplos clásicos de este tema permite comenzar a acercarse al mismo y mostrar la re-sistematización propuesta.

Un primer ejemplo típico es el del sujeto que es inducido a contratar mediante informaciones falsas (balances distorsionados, certificaciones notariales falsas, etc.) en las cuales basó su decisión de contratar y que no provienen de la contraparte. En este caso el daño reclamado ya no refiere a la interferencia dañosa con una obligación preexistente, sino a una incidencia perjudicial consistente en provocar el otorgamiento de un contrato (el nacimiento de obligaciones). Se opera aquí en la fase genética. Consecuentemente, la tutela aquiliana del crédito se especifica como tutela genética extracontractual del mismo. En esta hipótesis, como es fácil ver, la incidencia del tercero opera respecto ***de la fase previa al nacimiento o formación de la obligación.*** Del mismo modo, será también una

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

incidencia dañosa en dicha fase, la inducción de un tercero a ***no*** otorgar un contrato ventajoso. Es decir, esta actividad dañosa del tercero, ***repercutiendo sobre la fase de la fuente de la obligación,*** admite tanto una variante positiva (inducir a contratar) como una negativa (inducir a no contratar)[9].

Otra situación ejemplificativa evidente se presenta en la hipótesis de la inducción al incumplimiento. Aquí entramos en la fase de ***tutela aquiliana dinámica.*** Es el caso tratado recientemente por el profesor Jorge Gamarra (***affaire*** Peñarol), donde lo que se alega es la incidencia de un tercero que induce a los deudores (futbolistas) al incumplimiento de un contrato, sea con la finalidad que fuere (en la especie era para llevarlos a vincularse con otra institución)[10]. Del mismo modo, en este territorio conceptual aparece la controvertida y poco analizada figura de la afectación de la solvencia del deudor que resulta en la inviabilidad de cumplimiento de éste, cuestión que se ventiló ampliamente a partir de la crisis bancaria de 2002 cuando las argumentaciones pasaron a girar en torno a la responsabilidad de los controlantes (socios o directores) de las entidades bancarias liquidadas[11]. La normativa italiana de 2003 (incorporada al Código Civil italiano en el art. 2497 a 2497 ***septies***) sobre dirección y coordinación de sociedades, aporta precisamente un ejemplo de norma centrada en la respuesta a esta última situación de causación de daños[12]. En estas hipótesis, como es obvio, la incidencia dañosa repercute ***sobre la fase de vida de la obligación*** impidiendo que complete su ciclo normal hacia la satisfacción del interés del acreedor.

Finalmente, el ***leading case*** italiano Meroni nos presenta la situación de un deudor de una obligación ***intuitu personae*** (una estrella del fútbol italiano ligada contractualmente con un club) que fallece a causa de atropellamiento por un automotor. El club de fútbol al que pertenecía reclama el daño derivado de la pérdida del concurso del futbolista. Es fácil ver que lo que aquí se alega, es la incidencia dañosa de un tercero que se concreta ***respecto de la fase de extinción***

[9] Franzoni, Mássimo. ***Tratato de la responsibilitá Civile.*** Tomo sobre "L'Illecito". Giuffré Ed. 2004, Milano, pág. 906; Bianca, Máximo. "Diritto Civile". Tomo 5. Milán, 2000, pág. 591, quien cita en su apoyo las opiniones de Galgano y Vettori.
[10] Gamarra, Jorge Luis y Gamarra, Jorge. "Responsabilidad Extracontractual". FCU 2007, págs. 95 y ss.
[11] Caffera, Gerardo y Mantero, Elías. "El régimen legal y los límites de la responsabilidad civil de los directores de Sociedades Anónimas frente a los acreedores sociales", cit. págs. 123 y ss.; Mantero, Elías y Chalar, Laura. "Conjunto económico: ¿responsabilidad civil de la Sociedad Matriz?" ***ADCU.*** Tomo XXXV, págs. 753 y ss., y "Otra vez sobre la responsabilidad civil en el conjunto económico, análisis de una sentencia relevante". ***ADCU,*** XXXVI, pág. 755.
[12] Galgano, Francesco. "Grupo de Sociedades (Dirección y Coordinación de Sociedades)". Ed. La Ley Bs.As. 2007.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la obligación (la que, siendo personalísima, no admite transmisión hereditaria).

En esta rápida ojeada a casos paradigmáticos, se habrá advertido ya la ordenación de la interferencia dañosa de terceros en obligaciones ajenas, en tres categorías que son los ejes de la Teoría de la Obligación: (a) ***nacimiento (fase genética)*** y (b) ***vida y extinción (fase dinámica).***

Este método nos parece más racional que otros propuestos, dado que toma como centro lo verdaderamente afectado (el vínculo obligacional), siguiéndolo en su propia estructura interna para, desde (o hacia) allí, localizar y sistematizar el análisis de los daños, en vez de agrupar casos similares, como se ha hecho hasta el presente. Una ordenación centrada en categorías teóricas amplias no es un mero capricho, sino que permite abrir las ideas hacia una teorización general más fructífera y acompañar esta segunda revolución necesaria de la responsabilidad extracontractual en busca de adaptar sus perfiles a la economía de servicios de la sociedad actual

En definitiva, se trata de estudiar el daño a la obligación ajena siguiendo justamente la anatomía de lo dañado.

5. EL TEMOR A LA "CATARATA DE DEMANDAS"

Por último, tras la tutela aquiliana del crédito siempre estuvo latente (y aún hoy lo está) un temor de política jurídica.

Este se refleja en la búsqueda de medios para: (a) evitar la proliferación excesiva de hipótesis de responsabilidad y (b) impedir agravar 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"[13], que pueden llevar a "aplastar al autor del acto ilícito bajo el peso de consecuencias excesivas"[14]. Esto lleva a todos los autores a "buscar atemperar o poner límites a la responsabilidad del tercero que causa lesión del crédito"[15].

Por otro lado, se señala que la tutela aquiliana del crédito impediría un completo resarcimiento de otros "damnificados directos", principalmente los acreedores alimentarios[16]. Al respecto debe marcarse una posible falacia. Es que,

[13] Calvo, Costa. "Daño Resarcible". Hammurabi 2005, pág. 300.
[14] Busnelli. ***La lezione del credito da parte di terzi,*** cit. pág. 156.
[15] Gamarra. ***Tratado de Derecho Civil Uruguayo.*** Tomo XIX, FCU Mtdeo. 1991. Pág. 294.
[16] G. Alpa, M. Bessone, V. Zeno, Zencovich en ***Trattato di Diritto Privato*** de Pietro Rescigno. Tomo VI, UTET, 2ª Edición, pág 207.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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 en realidad ésta fuera la línea de demarcación, los segundos (al ser damnificados indirectos) no serían acreedores de resarcimiento como pacíficamente se acepta en doctrina nacional y extranjera[17]. Creemos que la referencia a la imposibilidad de resarcimiento completo para los "damnificados directos" que realiza la tesis negativa clásica, debe entenderse hecha, mejor, a los titulares de créditos que representan, a juicio de dicha doctrina, intereses considerados más valiosos (p.ej. los acreedores alimentarios), pero esto no pasa de un juicio de valor tácito incapaz de fundar técnicamente la limitación deseada.

El temor a la catarata de demandas es, en realidad, el gran argumento de la tesis negativa. Todos los demás no son sino distintas formas, más o menos veladas, 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, en verdad, es de conciliar la corrección teórica de la admisión de esta figura, con un análisis empírico que provea las limitantes adecuadas, que muestren lo razonable de la propugnación de la figura, desnudando los equívocos subyacentes al rechazo frontal.

Por otra parte, como dato de hecho, es importante destacar que casi dos décadas después de ***leading case*** Meroni, el propio Busnelli constataba en Italia que no se había verificado la tan temida proliferación de las pretensiones resarcitorias pronosticadas por la doctrina de su país. El punto teórico de apoyo desde el cual en Italia la temida catarata de demandas se contuvo fue, justamente, el criterio de valoración del daño como pauta firmemente seguida por la Corte de Casación italiana y alimentada doctrinariamente por los pioneros estudios del propio Busnelli[18].

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.

[17] P. ej. Diez Schwerter, José Luis (***El daño extracontractual.*** Ed. Jurídica de Chile 2006, pág. 71), respecto de un texto especialmente amplio como el del art. 2329 del Código Civil chileno ("todo daño"), destaca igualmente que, a juicio de la jurisprudencia chilena, con "respecto de los perjuicios extracontractuales indirectos falta el nexo causal con el hecho ilícito, requisito indispensable para que exista este orden de responsabilidad civil".

[18] Busnelli, Francesco. "La tutela aquiliana del crédito: evoluzione giurisprudenziale e significatto attuale del principio" en ***Rivista Critica del Diritto Privato.*** Año V. Napoli, 1987, pág. 274.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6. 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.

El primer caso a estudiar, del año 1997[19], corresponde a la tutela del crédito ***en fase genética*** (inducción positiva a contratar). Este refiere a la situación de una escribana pública que certifica falsamente la situación patrimonial de una persona y, como consecuencia de ello, una emisora de tarjetas de crédito concede financiamiento al tarjetahabiente; crédito que luego resulta incumplido no encontrando el acreedor bienes sobre los cuales cobrarse. La escribana resulta condenada.

La segunda sentencia, del TAC 4º, Nº 150/2000[20], siempre dentro de la tutela en fase genética, trata de una dependencia del Estado que adjudica un contrato de obra a una empresa, la cual a su vez subcontrata servicios con terceros para cumplir su contrato. El adjudicatario incumple los subcontratos a la vez que el contrato con el Estado. Los subcontratistas demandan al Estado invocando que éste debió controlar la solvencia del adjudicatario, y que en la existencia de ese control previo confiaron los subcontratistas y proveedores. El Tribunal, admitiendo con carácter teórico la posibilidad de la Tutela Aquiliana del Crédito, desestima la demanda por ausencia de ilicitud, culpa y de relación de causalidad. El Estado no tenía el deber de prevenir el daño sufrido por los subcontratistas. Además, indica la sentencia, el daño se produce por culpa de la víctima, quien debió controlar por sí la solvencia de su co-contratante.

El tercer caso es una sentencia del año 2003[21] que fuera objeto de análisis en el Taller de Jurisprudencia de Derecho Civil de la Universidad de la República durante sus sesiones del año 2006. Esta sentencia pertenece a la tutela en fase dinámica, en tanto se enfoca en la lesión causada respecto de la etapa de desarrollo de una obligación ya existente, concretamente en su faceta patológica (incumplimiento y responsabilidad consecuente). Se trata de la situación de un padre de varios hijos que mantenía varias deudas con distintos acreedores. El mismo pretende adquirir un inmueble para su uso personal, pero a efectos de que el mismo no resulte agredido por sus acreedores, suministra el dinero a sus

[19] ***Anuario de Derecho Civil Uruguayo*** (***ADCU***), tomo XXVIII, c. 739.
[20] Extracto publicado en ***ADCU*** XXXI c.783 pág. 370, aunque aquí se analizará la sentencia completa.
[21] La Justicia Uruguaya (LJU) caso 14802.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hijos, quienes lo adquieren a nombre propio pero se lo entregan materialmente a su padre para que éste goce de él. Entendió el Tribunal que existió un concierto entre padre e hijos para contribuir a la insolvencia del primero e impedir de esta forma la satisfacción de los créditos de los acreedores. El Tribunal condena a los hijos a pagar a los acreedores reclamantes hasta el precio de adquisición del inmueble, fundando la sentencia en la figura de la responsabilidad extracontractual por Tutela Aquiliana del Crédito.

Por último, un caso de 2008 plantea la misma figura abstracta de los clásicos casos Lumley vs Gye, en derecho comparado, y del ***affaire*** Peñarol en Uruguay (tratado por Gamarra)[22]: una modelo contratada por una agencia con cláusula de exclusividad por 10 años es, según el planteo de la demanda, inducida a violar dicha cláusula de exclusividad por parte de otra agencia de modelos que la contrata ofreciéndole mejores oportunidades de trabajo. La sentencia de primera instancia (inédita) acepta la figura de la tutela del crédito (en fase dinámica normal, pues lo afectado es la tendencia al cumplimiento), pero rechaza la demanda entendiendo que no se había probado que la segunda agencia tuviera conocimiento del contrato preexistente (específicamente de la obligación de exclusividad), poniendo énfasis en el factor dolo.

Veamos uno a uno dichos casos.

7. EL CASO DE LA TARJETA DE CREDITO

Como ya señaláramos, en este caso 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) y que la profesional actuante volvió a asegurar en una reunión posterior ante inquietudes planteadas por el acreedor[23].

El primer aspecto interesante de esta sentencia es que la misma, aunque no en forma explícita, toma como uno de sus centros la idea de nexo causal. Se señala allí que "la actuación de la Escribana C en el período precontractual fue decisiva para el otorgamiento de las tarjetas de crédito" y que en la reunión posterior

[22] Gamarra, Jorge y Gamarra, Jorge Luis. "Responsabilidad Extracontractual". FCU 2007, en el capítulo final a cargo de Jorge GAMARRA sobre el ***affaire*** Peñarol, págs. 95 y siguientes.

[23] Este último aspecto podría visualizarse también como una particular segunda incidencia dañosa que operaría en cuanto a la evitación de la extinción del contrato de tarjeta de crédito. Con ello el ángulo cambia radicalmente visto desde el objeto dañado (la obligación de otorgar crédito de la emisora –"línea de crédito"–), repercutiendo en su tercera fase pues lo que se obstruye es, específicamente, su extinción.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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, aceptado ampliamente por nuestra doctrina, 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"[24]. Es la particular 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 consiste en otorgar un contrato de tarjeta de crédito, evento que se despliega como daño al no poderse hacer efectivos los concretos créditos posteriores concedidos en función de dicho contrato. Es decir, "de acuerdo con el curso ordinario de las cosas" una afirmación de solvencia proveniente del propio sujeto sin el aval de escribano no hubiera sido "decisiva" ni "determinante" para el otorgamiento de la tarjeta de crédito. Se percibe ya en este primer punto uno de los límites naturales de la tutela aquiliana del crédito (vista aquí en su dimensión de tutela en fase genética) pues 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 del elemento ilicitud la certificación notarial se separa claramente de la mera "información amigable"[25] pues no se trata de una mera sugerencia realizada fuera de todo deber jurídico de brindar información exacta, sino que, por el contrario, la información se emite bajo una obligación legal de certificar únicamente aquellos hechos de que el escribano tiene conocimiento y en forma exacta. Como dice la sentencia mencionada "se trata de una depositaria de la fe pública". En ese sentido, la información vehiculizada en el certificado notarial representa un caso de "información-servicio"[26] que, de acuerdo con la doctrina, genera responsabilidad por ser el acto de cumplimiento de un deber (genérico u obligacional). 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 que es usual en términos notariales), toda la construcción podría descentrarse y pasar llanamente al carril de la responsabilidad contractual. Es decir, podría entenderse que entre cliente y escribano se pacta una estipulación

[24] Viney, Genevieve y Jourdain, Patrice. "Les Conditions de la Responsabilité" en ***Traité de Droit Civil*** dirigido por Ghestin J. LDGJ-París 1998, pág. 161.
[25] Busnelli. "Ittinerari europei nella terra di nessuno tra contrato e fatto illecito: la responsabilitá da informazione inesatte" en ***Contrato e Impresa*** 1991, págs. 539 y ss, cit. por Franzoni ***op.cit.*** pág. 901 nota 115.
[26] Busnelli ***op. cit.***

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para otro[27] (Art. 1256 del Código Civil) por la cual el escribano asume frente a la emisora (tercero beneficiario explícito del certificado) la obligación de brindarle una información exacta. Por tanto, que existe directamente una obligación (en sentido técnico) del escribano frente a la emisora y la consecuente 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 destinada a crear confianza para celebrar un negocio[28], no es admisible. Contra esa tesis generalizadora puede alegarse, en cambio, que cuando el tercero destinatario de la información permanece indeterminado (es, por ejemplo, el público en general o "inversores" no identificados ***a priori***) 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 (particularmente, el sujeto activo quien tiene derecho a la información).

En cuanto al elemento culpa, la sentencia lo destaca cuando imputa a la escribana actuante "error" y "omisión", siendo especialmente interesante el ***standard*** de prueba que parece insinuar. En efecto, en uno de sus giros alude a la mayor "severidad" con que "debe juzgarse" a la demandada, cerrando fuertemente las posibilidades de prueba de la ausencia de culpa, cuando dice que "nada justifica su omisión al expedir las constancias... sin constataciones incurriendo en errores". No creemos que esté en juego una responsabilidad objetiva sino la postulación de una pauta de juicio de hecho referente al elemento culpa que es elevada a un rango particularmente exigente por la calidad profesional del demandado. Visto por su reverso esto marca un punto de especial interés. Por un lado que la exigencia de culpa se mantiene en pie y, por otro, se postula para ***este*** caso la necesidad de contextualizar la culpa ***in abstracto*** a fin de evaluar su existencia. Es decir, no se llega a un ***standard*** de culpa en concreto, pero se la aprecia en su ***contexto***, que en este caso es el de la inserción técnico-legal del agente del obrar dañoso[29].

Respecto del daños resarcible, cabe anotar que, lógicamente, el mismo no podrá en ningún caso superar el valor de los bienes cuya titularidad se certifica,

[27] Lacruz Berdejo, José Luis ***et al. Derecho de Obligaciones*** Tomo II Vol. 1, Madrid 2007, págs. 520 a 523.
[28] Venturini, Beatriz y Szafir, Dora. "Responsabilidad Profesional de los Contadores Públicos". ***ADCU*** XXVI, pág. 517-518, quienes señalan que los análisis sobre la exactitud de los estados contable y situación financiera de una empresa muchas veces tienen como destinatarios a "bancos" e "inversores". Lógicamente, 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 (como ocurre en la oferta pública).
[29] Gamarra. "Tratado de Derecho Civil Uruguayo". Tomo XIX cit., p. 128; Caffera, Gerardo "Sujeto, Responsabilidad y Contrato..." ***ADCU*** tomo XXXV, págs. 618 y 619; Caffera, Gerardo y Mantero, Elías ***op.cit.*** págs. 148-149.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pues ése es el único daño conectado causalmente y en forma directa (Art. 1323 del Código Civil) con el accionar dañoso de la demandada.

Un último punto que deseamos comentar es el referente a ciertas bases doctrinarias que la sentencia comentada convoca. En efecto, por un lado, la sentencia cita a Savatier cuando señala que "los terceros que participan conscientemente en la violación de una obligación del deudor incurren en responsabilidad…". Lo inadecuado de la referencia está dado precisamente porque al tomarse esa expresión no se está distinguiendo entre las que hemos denominado fase genética y fase dinámica de la tutela aquiliana del crédito. En la especie comentada no se trata de un actuar que repercuta sobre la dinámica de una obligación ya existente a cuyo incumplimiento se colabora, sino de un caso de responsabilidad en fase genética de la obligación. El accionar de la demandada impulsa al nacimiento de una obligación que de otra forma no hubiera existido (inducción dañosa). 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 que realiza la sentencia de Mazeaud Tunc, pues en ella se vincula la situación de autos con la figura del dolo de tercero, precisamente el clásico modelo de interferencia dañosa de un tercero en la fase genética (precontractual), la cual arroja responsabilidad extracontractual[30].

8. EL CASO DE LA LICITACION PUBLICA Y EL ADJUDICATARIO INSOLVENTE

Como ya señalamos, la segunda sentencia a comentar constituye otro caso de tutela aquiliana del crédito en fase genética[31].

En el juicio objeto de esta sentencia un grupo de subcontratistas o proveedores de un contratante principal demandan al Estado por negligencia en la selección de dicho contratante principal como adjudicatario de una licitación de obra pública. Alegaron los actores (subcontratistas y proveedores del contratante) que el Estado había incurrido en culpa al seleccionar a esa empresa, la cual resultó ser insolvente. Al respecto 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

[30] Gamarra. ***Tratado de Derecho Civil Uruguayo*** Tomo XII, Montevideo 1971, pág. 165.
[31] Extracto publicado en ***ADCU*** XXXI c.783 pág. 370, aunque aquí se analizará la sentencia completa.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

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". A esto los actores sumaron el hecho de que ellos habían celebrado los subcontratos correspondientes bajo la confianza en la solvencia de su contratante que habría sido generada en ellos, pues como dice la sentencia asumieron que "el carácter de gananciosa en la licitación les significaba una carta de garantía".

Dicho de otra forma, lo alegado por los actores es que la razón que los impulsó a contratar sería la confianza generada por la decisión del organismo público interviniente al adjudicar.

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

En primer lugar es totalmente exacta la sentencia mencionada cuando señala 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, como es fácil ver, hacia la cuestión del hecho de la víctima como típico factor de interrupción del nexo causal. A ello creemos que alude la sentencia cuando (no muy prolijamente) 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–". En ese giro está implícita la alusión a que nadie puede demandar daños que han sido causados por sus propios actos, aunque la alusión a la autonomía privada es sobreabundante dado que, tratándose de contratos, necesariamente estaba en escena la misma y si se siguiera esa línea de pensamiento hasta sus últimas consecuencias, directamente la tutela del crédito en fase genética debería desaparecer del horizonte conceptual. En cambio, es absolutamente acertada cuando relaciona el punto con la idea del riesgo asumido por los propios 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 entre las mismas. Por lo tanto, cada patrimonio soportará ese problema, cuestión que, como dice el Tribunal, deriva del "principio de autorresponsabilidad que se emparenta, en las cargas consiguientes, con la doctrina de los actos propios". Es el concepto de nexo causal el que opera aquí como límite natural a la expansión de la tutela aquiliana del crédito. Es que, de seguirse al pie de la letra 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

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ante todos quienes, siguiendo su senda, contrataron con la misma persona que aquel en quien se confía. Esto es inaceptable y sólo sería plausible si se admitiera una concepción de la causalidad moldeada sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones[32], que no es la adoptada en nuestro Derecho.

Eran los subcontratistas quienes debían cerciorarse de la solvencia de su contratante y no confiar en la adjudicación como si ésta fuera una "carta de garantía" (lenguaje de la demanda).

Incluso si no se tuviera en cuenta el hecho de la víctima, creemos que tampoco habría nexo causal porque no se satisfarían los requisitos de la causalidad adecuada. Es decir, la consecuencia dañosa reprochada al Estado (celebración ***irreflexiva*** de contratos con un insolvente) no está dentro de la serie de consecuencias habituales ("regularidad" dice el Tribunal) de la conducta del organismo.

Un punto especialmente candente es el de la ilicitud. En materia de tutela aquiliana del crédito dos grandes tesis pueden debatir. Este aspecto adquiere carácter problemático debido a la necesidad de responder si (a) la propia lesión del derecho de crédito constituye por sí misma la ilicitud que reclama el art. 1319 del Código Civil o bien (b) si se requiere que exista violación de un deber genérico independiente mientras que la lesión del crédito representaría únicamente el componente Daño[33]. En algunos casos paradigmáticos no se presentan problemas pues normalmente sería posible postular que la ilicitud se ubica por un lado y el daño (representado por la lesión del crédito) por otro. Por ejemplo, en el ***leading case*** Meroni ambos elementos son claramente distinguibles: por un lado la lesión de un deber genérico contracara de un derecho de la personalidad (derecho a la vida) y por otro la lesión del crédito (que se concretaría en la extinción del mismo para el Club Torino). Lo mismo ocurre en el caso del incendio de la finca arrendada, allí hay violación del derecho real de propiedad (típico derecho absoluto), mientras la lesión del crédito (de uso) del arrendatario ocuparía el rol de daño legalmente calificado. Precisamente a esta visión adhiere De Lorenzo a partir del art. 1079 del Código Civil Argentino cuando señala la posibilidad de que ***"cuando un mismo hecho lesiona a una multiplicidad de intereses pertenecientes a diversos sujetos, todos los eventos lesivos convergen –como***

[32] Viney-Jourdan ***op.cit.*** pág. 160; Bianca. "Diritto Civile" Tomo 5. Giuffre. Milán 1997, pág. 128.
[33] 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 de Derecho Civil Uruguayo***, tomo XIX, cit. pág. 295).

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

excrecencias de uno inicial– en un único acto ilícito" (subrayado nuestro)[34]. Adoptar esta visión no es solamente una cuestión con trascendencia teórica sino que tiene consecuencias prácticas bi-direccionales (i.e. a favor y en contra del acreedor lesionado y del ofensor) que el propio De Lorenzo ha señalado. Así, por un lado, esta impostación "evita cuando un acto lesiona al mismo tiempo intereses de diversas personas, produciendo por tanto daños a distintas esferas jurídicas, (que) con cada una de éstas pueda concretarse una hipótesis autónoma de ilícito. De esta manera… adquiere sentido la oposición de la culpa de la víctima ***inicial*** a los restantes damnificados, lo cual no sería coherente si con cada daño se configurara una ***fattispecie*** autónoma de ilícito" (lo mismo podría decirse p.ej. y con mayor precisión técnica respecto de la legítima defensa relacionada con la víctima inicial en tanto ésta es una indudable causa de justificación, mientras que la culpa de la víctima más que enervar la ilicitud destruye el nexo causal). La pregunta cobra especial importancia cuando no es posible hallar una ilicitud tan clara 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)"[35].

Sin embargo, entendemos nosotros que aun sin salir de la tesis imperativista (***i.e.*** la ilicitud entendida como violación de deber genérico), la lesión del crédito no debe entenderse únicamente 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 en última instancia, a nuestro juicio, el propio elemento ilicitud.

En cambio, la posición del Tribunal, aún sin pronunciarse explícitamente sobre este interesante debate teórico, trae un dato fundamental, pues adoptaría

[34] De Lorenzo, Miguel Federico. "La protección extracontractual del contrato" en ***La Ley*** Sección Doctrina. Tomo 1998, págs. 935.
[35] Tratado. Tomo XIX pág. 296.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la visión según la cual la ilicitud no está configurada por la violación de un deber genérico de no agredir los derechos de crédito ajenos. La existencia de ese deber genérico 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 subcontratistas, se entiende) que "no aparecen impuestos por norma alguna ni por el interés general". Todavía puede reforzarse este argumento pensando que además de no existir un deber de informar, la ley sólo castiga a quien aconseja de mala fe la celebración de un contrato a otro (por deducción a partir del art. 2060 del Código Civil). Pues bien, en este caso el Estado, además de no tener un deber de hacerlo, tampoco estaba dando un "consejo" a nadie para contratar con el adjudicatario sino que estaba velando por su propio interés y, por tanto, su mayor o menor acierto en la elección del adjudicatario no le es reprochable por terceros a quienes no quiso aconsejar ni asesorar.

De todos modos, es claro que en la doctrina del Tribunal se requiere que la ilicitud se configure como violación de un deber distinto del deber de no lesionar el crédito ajeno. En dos palabras, para el Tribunal la lesión de crédito ajeno sólo podría constituir el componente Daño del supuesto de hecho de la responsabilidad extracontractual.

Se trata de una toma de posición implícita en un debate de mayor aliento sobre el cual nos extendimos un poco previamente, y que no coincide con nuestra posición (ya indicada) ni con la de Gamarra (aunque por razones distintas)[36]. Obviamente esto forma parte del elenco de tópicos abiertos a reflexión dentro de la teoría general de la tutela aquiliana del crédito y la sentencia, aunque quizás no deliberadamente, viene a aportar su propio ángulo específico en ese debate.

9. EL CASO DE LOS HIJOS QUE ADQUIEREN A NOMBRE PROPIO UN BIEN PARA EL PADRE (DEUDOR) CON DINERO DE ESTE

El caso visto desde la tutela aquiliana del crédito

Como dijimos, el tercer caso a estudiar es el de una sentencia del año 2003[37] la cual pertenece a la tutela aquiliana del crédito en fase dinámica. En

[36] 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 (Gamarra. ***Tratado de Derecho Civil Uruguayo*** Tomo XIX 2ª Ed. FCU 2000, págs. 163 y ss).
[37] LJU caso 14802.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

efecto, en este caso se trata de una obligación ya existente que un sujeto mantenía con sus acreedores. El deudor contaba con fondos no detectados por los acreedores para ejercer su acción de responsabilidad. El deudor, queriendo adquirir un inmueble para uso personal como vivienda busca mantener tal ocultación de fondos. A esos fines, en lugar de seguir el camino normal de adquirir el bien inmueble a su propio nombre, opta por hacerlo a través de sus hijos. La adquisición se realiza por parte de sus hijos con los fondos aportados por el padre, pero sin que el tercero enajenante esté en conocimiento de que el verdadero destinatario material del bien era en realidad el deudor (padre).

En esa hipótesis obviamente no era utilizable para los acreedores la vía de la acción simulatoria mediante invocación de la interposición ficta de los hijos (simulación relativa subjetiva), dado que el tercero enajenante no participó en el acuerdo simulatorio trilateral que hubiera sido necesario para perfeccionar esa figura de conformidad con las tendencias doctrinarias dominantes. Si se hubiera perfeccionado la simulación los acreedores habrían podido agredir directamente el bien como parte del patrimonio del deudor (padre) una vez demostrada la simulación. Sin embargo, este camino estaba cerrado.

Esta clase de situaciones, reiteradas en la práctica, choca contra la barrera planteada precisamente por la inexistencia o indemostrabilidad del acuerdo simulatorio y amenaza con crear en todos los casos un resultado injusto que, creemos, esta sentencia logra sortear a través de la figura de la tutela aquiliana del crédito sin perjuicio de que el problema también puede verse desde otra óptica complementaria que lejos de destruir esa vía la confirma.

La sentencia, como todas las demás comentadas, comienza por aceptar los "principios de la responsabilidad aquiliana al supuesto de lesión del derecho de crédito por parte de terceros en conducta de cooperación al incumplimiento", aunque aquí debe hacerse la salvedad de que la incidencia dañosa no se verifica propiamente mediante cooperación al incumplimiento sino más bien a la no actuación eficaz de los remedios de la responsabilidad contractual patrimonial. No es que se interfiera para producir el incumplimiento (cuestión que podría llegar a ser neutra) sino que la incidencia se verifica una vez ya constituido el incumplimiento al impedir la actuación de la ejecución forzada. Vale decir se trata de tutela en fase dinámica incluida en la subespecie de tutela dinámica en fase patológica de la vida de la obligación (responsabilidad contractual).

Para teorizar de una forma general (en la cual se subsumen uno a uno todos los ejemplos concretos tratados usualmente) los casos de daño al crédito ya existente se resumen a dos especies, la primera de las cuales se subdivide en dos:

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(a) Casos de responsabilidad del tercero que se verifican cuando ***la obligación subsiste***, los que, a su vez, se dividen en dos subespecies:

i. Las hipótesis en que permanece vigente el crédito y se mantiene en pie (pero ***sólo teóricamente***) la posibilidad de ejecución forzada del crédito contra el deudor, pero por intervención del tercero la misma es materialmente impracticable (p.ej. el deudor es insolvente por actos imputables al ofensor), a este caso pertenece la figura tratada por la sentencia, y

ii. Las hipótesis en que, aun si ***a priori*** y sin intervención del tercero, fuera impracticable materialmente la ejecución forzada –***i.e.*** obligación de hacer de un deudor ya originalmente insolvente– pero donde se logra probar que el deudor estaba en disposición y pronto a cumplir voluntariamente y es ***sólo y únicamente*** por la intervención del tercero que no lo hace (***affaire*** Peñarol, por ejemplo) 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) o de la destrucción de la cosa determinada debida (art. 1556 del Código Civil), donde 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 igualmente obligado y solvente que deba prestar exactamente los mismos alimentos.

En esa matriz la correcta ubicación del caso a estudio se encuentra en la hipótesis identificada como "(a) i". Precisamente, 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 de esta sentencia es que ingresa en la debatida figura de la responsabilidad del tercero por causación de insolvencia (total o parcial) del deudor. Esa hipótesis es avalada por el Tribunal al señalar que el daño ocurre ***"al contribuir*** (los hijos) ***a la insolvencia del*** (deudor) ***haciendo ineficaz la garantía común del art. 2372"***. 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". Dicha posición fue apoyada por Brebbia, Casiello,

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

López de Zavalía y otros[38]. En el mismo sentido se pronunciaron los autores del presente al considerar el caso del director de una sociedad anónima cuando la ausencia de bienes ejecutables en el patrimonio de la sociedad deudora es producida por una conducta ilícita del mismo[39]. Otro caso similar se presenta en las hipótesis de responsabilidad de la controlante por insolvencia de la sociedad controlada[40].

En cuanto al daño, un importante aspecto de la sentencia es que se ciñe estrechamente a limitarlo a lo ligado causal y directamente con el acto ilícito. En efecto, señala la misma 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 la medida de lo afectado por ellos.

En materia de ilicitud un aspecto central de la sentencia, que marca las oscilaciones de nuestra jurisprudencia como reflejo de las doctrinarias, y la diferencia del caso anterior, está dado porque el hecho ilícito se ubica concretamente en la lesión del crédito ajeno. No se busca otro deber violado distinto del de no dañar el crédito ajeno. Así surge específicamente cuando se lee que se está "violentando la tutela externa del crédito" y expresamente señala que ello ya constituye la "violación de un deber general".

En el plano de la culpa la sentencia entiende configurado el dolo, pues hay "violación de un deber general con intención ajustada al resultado perseguido".

Una solución alternativa para el mismo caso. El rol fiduciario de los hijos y la aplicación analógica del art. 7 de la Ley 17703 (disregard).

Quisiéramos anotar otra posible vía de protección de los acreedores en casos similares al tratado por la sentencia, los cuales, por otra parte, no dejan de ser abundantes y chocan siempre contra el exigente requisito de la prueba del acuerdo simulatorio trilateral.

Es que 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 relativa subjetiva que, como vimos, no funciona en este caso, ni en muchos otros, por ausencia de participación del enajenante en el acuerdo simulatorio.

La vía de la tutela aquiliana del crédito, que sigue la sentencia, es ciertamente un buen remedio ante tal situación.

[38] Calvo Costa ***op.cit.*** pág. 295.
[39] Caffera-Mantero ***op.cit.*** pág. 140.
[40] Mantero-Chalar ***op.cit.*** 764-765.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Lo que quisiéramos destacar es que resulta paradojal 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 (arts. 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–)[41], mientras que tal posibilidad no se postula como regla general para los casos similares.

Esa discriminación de supuestos (***i.e.*** aplicabilidad para los casos de interposición de personas jurídicas o fiduciarios pero inaplicabilidad para los restantes casos) parece arbitraria[42] 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 o a la ley[43] y que, por tanto, teniendo ese sustento genérico, mal se explica que no pueda extenderse un instrumento similar con carácter general a todas las personas físicas o jurídicas que actúen encubriendo al propietario sustancial.

Entendemos que podría llegar a sostenerse la extensión por analogía de la citada norma de la Ley de Fideicomiso e imputar el bien al deudor (el padre en la especie) dado que claramente en esta hipótesis los hijos actuaron como fiduciarios del mismo (en el sentido clásico del término –***fiducia cum amicus***–) y que, aún no perfeccionándose un fideicomiso por escrito (solemnidad del art. 2 de la Ley 17703), la regulación del fideicomiso es claramente la fuente análoga a la que recurrir para regular una situación de tal especie imputando el bien directamente al patrimonio del deudor.

Lógicamente esta solución, que merece mayor análisis, es de tipo general para otros casos y no se circunscribe al aquí tratado.

10. EL CASO DE LA MODELO

Por último, como ya anunciamos, un caso de 2008 de primera instancia[44] plantea la situación de una modelo contratada por una agencia con cláusula de exclusividad por 10 años que es, según el planteo de la demanda, inducida a

[41] Caffera, Gerardo. ***El contrato de fideicomiso*** AEU, Montevideo, 2003, págs. 54-56.
[42] Arbitrariedad que desde una visión constitucionalista podría juzgarse violatoria del principio de igualdad, aun cuando siempre tal aplicación resulta problemática en el sentido del poder que brinda para solucionar una arbitrariedad pero abriendo la puerta a otra (la del intérprete).
[43] Olivera, Ricardo y Olivera, Juan Martín. "El ***disregrad of legal entity*** en la jurisprudencia". ***A.D. Comercial.*** Tomo X, págs. 359 yss.
[44] Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1er. Turno Sentencia Nº 12 del 27/3/08.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

violar dicha cláusula de exclusividad por parte de otra agencia de modelos que la contrata ofreciéndole mejores oportunidades de trabajo.

La sentencia, como todas las restantes, pero en este caso implícitamente, acepta la figura de la tutela del crédito (en fase dinámica normal, pues lo afectado es la tendencia al cumplimiento) pero rechaza la demanda, entendiendo que no se había probado que la segunda agencia tuviera conocimiento del contrato preexistente (específicamente de la obligación de exclusividad), poniendo énfasis en el factor dolo. Lo interesante es que la sede parece apelar a la concepción más restrictiva según la cual la responsabilidad sólo podría existir en caso de dolo.

Sin embargo, 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 considerada en sí misma. El citado artículo del BGB establece la obligatoriedad de reparar (sin necesidad de más análisis) en caso de daño ocasionado con dolo sin necesidad de determinar si existió ilicitud. Esta puerta abierta en Alemania a la tutela aquiliana del crédito (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 (por así decirlo) del ilícito civil es francamente admitida[45].

En cambio en nuestra doctrina se afirma que el ofensor responde no sólo en caso de dolo sino también en hipótesis de culpa. Gamarra, analizando un caso similar al comentado (complicidad en el incumplimiento de un contrato) 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, aunque la iniciativa del segundo contrato no esté a su cargo (sino que parta del deudor), puesto que de todos modos ayuda a éste al incumplimiento, y lo causa, ya que sin la colaboración del tercero el incumplimiento no hubiera tenido lugar"[46] (destacado nuestro). Respecto de la modalidad culposa, Gamarra informa que "(l)os tribunales franceses presumen el conocimiento de ciertas relaciones que son de notoriedad en ciertos ambientes comerciales"[47].

En tal sentido se debe destacar la relevancia de esta peculiar forma de esta culpa citada por Gamarra. Es decir, la culpa concebida como la ***culpable ignorancia***

[45] Busnelli. ***La lesione*** … cit., pág. 140.
[46] Jorge Gamarra. "Tratado…" cit., tomo XIX, pág. 307.
[47] Jorge Gamarra. ***Tratado…*** cit., tomo XIX, pág. 308, nota 4; destacado nuestro.

Artículo: Tutela aquiliana del derecho de crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguaya actual
Revista: Nº223-224, año LXXVI (En-Dic, 2008)
Autor: Mantero Elías

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del crédito ajeno, mencionada en el párrafo citado. Ignorancia de la cual hace caudal la sentencia comentada, aunque atándola (incorrectamente a nuestro juicio) sólo al factor dolo.

Con carácter general nos parece importante 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 Código Civil en el art. 1554 y que conforma una de las fronteras (no forzada sino conceptualmente bien fundada) frente al tan manido temor a la "catarata de demandas".

11. 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, en el recorrido de sus argumentaciones se hacen visibles todavía algunas fisuras en el edificio conceptual. Los puntos críticos siguen siendo el de la ubicación de la ilicitud (es decir, si basta la lesión externa del crédito o no), el del factor atribución subjetivo (donde sólo un caso aislado sigue requiriendo el dolo) y en cuanto al daño donde la relevante figura de la lesión a la solvencia patrimonial del deudor parece comenzar a asentarse como hipótesis plausible.

De todos modos, más allá de esos ajustes de sintonía menor, la estructura de una teoría general de la tutela aquiliana del crédito parece firmemente asentada, aunque todavía resta el empuje para culminar una sistematización teórica que proponemos se realice sobre los ejes genético y dinámico de la relación obligacional.

Por último, lo más importante. Lo que nuestra doctrina y jurisprudencia están mostrando, en el fondo, y en una lectura global, es el impulso hacia la creación de un nuevo eje clave de la responsabilidad extracontractual, solventando con respuestas sólidas la repercusión jurídica que el pasaje a una economía de servicios implica: sin violentar los marcos normativos pero, al mismo tiempo, aplicándolos a las fluctuaciones de una realidad cambiante.